

LOJALITETSPLIKTENS SKRANKER FOR ARBEIDSTAKERS FORBEREDENDE HANDLINGER TIL KONKURRERENDE VIRKSOMHET I OPPSIGELSESTIDEN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 529

Leveringsfrist: 26. april 2011

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17 738 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og utgangspunkter	1
1.2.	Avgrensning av tema	4
1.2.1.	Tiden før oppsigelse	4
1.2.2.	Markedsføringslovens god forretningsskikk-standard	5
1.2.3.	Tiden etter oppsigelse – tilstøtende reguleringer m.v.	6
1.2.4.	Arbeidsgivers reaksjoner	7
1.2.5.	Etablerte konkurrenter, arbeidsgivers samtykke og overdragelsessituasjoner	8
1.3.	Begrepsavklaringer	9
1.3.1.	Arbeidstaker, arbeidsgiver og arbeidsforhold	9
1.3.2.	Forberedende handling	10
1.4.	Rettskildesituasjonen	11
<u>2</u>	<u>ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT OG FORBEREDENDE HANDLINGER TIL KONKURRERENDE VIRKSOMHET I OPPSIGELSESTIDEN</u>	<u>14</u>
2.1	Innledning	14
2.2	Handlingens skadepotensiale	16
2.2.1	Utgangspunkter og rettsgrunnlag	16
2.2.2	Innholdet i begrepet ”handlingens skadepotensiale”	18
2.2.3	Betydningen av handlingens skadepotensiale for lojalitetsplikten	20
2.3	Arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser	21
2.4	Situasjonen på handlingstidspunktet	25
2.4.1	Utgangspunkter	25
2.4.2	Arbeidstaker er i en presset situasjon	27
2.4.3	Den videre eksistens av arbeidsgivers virksomhet er usikker	29
2.5	Arbeidstakers opplysningsplikt i oppsigelsestiden	31

2.5.1	Opplysningsplikt om forberedelseshandlinger til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden	31
2.5.2	Opplysningsplikt om annet enn forberedelseshandlinger	33
2.6	Arbeidstaker i ledende stilling	36
<u>3</u>	<u>TYPISKE FORBEREDELSESHANDLINGER - KASUISTIKK</u>	<u>41</u>
3.1.	Innledning	41
3.2.	Rekruttering av ansatte	41
3.2.1.	Systematisk rekruttering av medarbeidere	41
3.2.2.	Arbeidstaker opplyser medarbeiderne at han planlegger å starte konkurrerende virksomhet	45
3.2.3.	”Kollektive oppsigelser”	50
3.3.	Arbeidstakers kommersielle kunnskap	52
3.3.1.	Utgangspunkter	52
3.3.2.	Tidligere arbeidsgivers kunder	54
3.3.3.	Tidligere arbeidsgivers forretningsforbindelser	58
3.4.	Møtevirksomhet	61
<u>4</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>64</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>68</u>

1 Innledning

1.1 Tema og utgangspunkter

Problemstillingen retter seg mot tilfeller hvor arbeidstaker befinner seg i oppsigelsestiden. I utgangspunktet er det uten betydning hvem av partene som tok initiativ til oppsigelsen. Arbeidstaker vil starte egen virksomhet i konkurranse med arbeidsgiveren., og gjennom oppsigelsestiden forbereder han virksomheten.

Problemstillingen reiser i hovedsak to spørsmål. For det første hvilke forberedelser den arbeidsrettslige lojalitetsplikten tillater i oppsigelsestiden. For det andre, hvilke momenter som er relevante i vurderingen av om lojalitetsplikten er overholdt, herunder deres vekt.

Gjennom arbeidsforholdet pålegges arbeidstaker forskjellige plikter. I tillegg til pliktene som fremgår direkte av arbeidsavtalen, består arbeidstakers plikter i hovedsak av tre elementer. Det første elementet er plikten til å arbeide, det andre er lydhetsplikten, og det tredje er den arbeidsrettslige lojalitetsplikt. Det kan argumenteres for at lojalitetsplikten er det viktigste elementet, og at de to øvrige kan utledes av denne.

Verken norsk, dansk eller svensk rett inneholder legaldefinisjon av den alminnelige, arbeidsrettslige lojalitetsplikt. Det rettslige grunnlag i norsk rett er rettspraksis¹ og juridisk teori². I tillegg betraktes bestemmelsene i straffeloven § 275 og § 276 om utroskap som utslag av prinsippet om den arbeidsrettslige lojalitetsplikt. Høyesterett fastslo i Rt 1990 s. 607 (Vikingdommen) at lojalitetsplikten også gjelder i oppsigelsestiden.

Vikingdommen gjaldt spørsmålet om to arbeidstakere, den administrerende direktør og en systemsjef i selskapet Viking, hadde brutt den arbeidsrettslige lojalitetsplikten i

¹ Rt 1990 s. 607, Rt 1993 s. 300, Rt 1996 s. 1401.

² Se bl.a. Hasselbalch (1980) s. 642-643, Lunde (2001) s. 366, Dege (2009) s. 811.

oppsigelsestiden. I løpet av denne perioden hadde de bl.a. startet det konkurrerende selskapet Saga Data, og overtatt en av arbeidsgivers sentrale forhandlere, Tele Video Systems, Inc. (Tele Video). Rett før oppsigelsestidspunktet dro de på representasjonsreise for Viking til USA, hvor de på vegne av Saga Data tok kontakt med Tele Video. Etter hjemkomsten leverte de hver sin oppsigelse til Viking, og i løpet av oppsigelsestiden ble det inngått forhandlerkontrakt mellom Tele Video og Saga Data. Spørsmålet for Høyesterett var om arbeidstakernes aktiviteter i oppsigelsestiden, og unnlatelsen av å informere arbeidsgiver om sine planer, innebar brudd på lojalitetsplikten.

”Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold. Straffeloven § 275 og § 276 må ses som utslag av dette prinsipp. At det eksisterer en slik plikt er også lagt til grunn i den arbeidsrettslige teori. ... Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet. Og det må være helt klart at de ikke hadde adgang til å opptre i strid med arbeidsgiverens interesser med henblikk på å fremme egne næringsinteresser.”³

Høyesterett konstaterer at arbeidstaker plikter, uansett stilling, å fremme arbeidsgivers interesser (i motsetning til egne). Plikten gjelder helt frem til utløp av oppsigelsestiden. Dette synes å være kjernen i lojalitetsplikten. Høyesterett gir dessuten uttrykk for at arbeidstakere i ledende stilling til dels har strengere opplysningsplikt enn arbeidstakere i underordnet stilling.

Den arbeidsrettslige lojalitetsplikt er altså en allmenn rettsgrunnsetning og en rettslig standard. Den innebærer at arbeidstaker, så lenge arbeidsforholdet består, blant annet er forpliktet til ikke å *delta* i konkurrerende virksomhet⁴.

³ Rt 1990 s. 607 s. 614.

⁴ Jakhelln (2007) s. 317.

Ettersom lojalitetsplikten er ulovfestet, er dens innhold fastlagt og utviklet av rettspraksis. Blant annet

”... blir det sentrale punktet hvorvidt arbeidstakeren før han fratrer foretar seg noe som skader arbeidsgiverens relasjon til kunder og leverandører, eller på annen måte ved interne disposisjoner eller unnlatelse av slike svekker det forretningmessige utbytte som disse relasjonene ellers må formode å gi.”⁵

Det synes å ha betydning for lojalitetsplikten hvorvidt handlingen påfører arbeidsgiver skade. På den bakgrunn kan det se ut til at lojalitetsplikten oppstiller begrensninger for arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers forretningmessige relasjoner.

Videre gir rettspraksis anvisning på en *”... bred skjønnmessig vurdering.”⁶* hvor andre sentrale problemstillinger er

”... hvilken fremgangsmåte som er benyttet ved etableringen av det nye selskap, om eventuelle brudd på opplysningsplikt eller konkurransehandlinger ble begått før arbeidsforholdet var avsluttet m.v.”⁷

Lojalitetsplikten kan imidlertid ikke oppstille altfor omfattende skranker for arbeidstakers konkurransemuligheter. Arbeidstakers arbeidsmuligheter kan være innsnevret etter tiden hos arbeidsgiver, f.eks. fordi han har utviklet kunnskap på ett spesielt område. Hensynet til fri konkurranse vil kunne få betydning for lojalitetspliktens grenser.

I det videre vil jeg gå inn på skrankene den arbeidsrettslige lojalitetsplikten oppstiller for arbeidstakers forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet, herunder konkrete typer forberedelseshandlinger. Et aspekt av særlig interesse vil være om

⁵ LA-2006-71768 henviser også til Vikingdommen.

⁶ LH-2006-33392.

⁷ RG 1999 s. 427.

lojalitetsplikten endres i oppsigelsestiden, slik at forberedende handlinger lettere godkjennes enn ellers i arbeidsforholdet.

1.2. Avgrensning av tema

1.2.1. Tiden før oppsigelse

Oppgaven behandler arbeidstakers oppsigelsestid, altså perioden fra han mottar/leverer oppsigelse og frem til utløpet av oppsigelsestiden. Situasjoner hvor arbeidstaker forbereder konkurrerende virksomhet *før* oppsigelsestidspunktet faller dermed utenfor oppgaven.

Det kan tenkes at rettspraksis angående forberedende handlinger foretatt *før* oppsigelsestidspunktet likevel kan være relevant for å kaste lys over relevante momenter eller domstolenes vurdering av forskjellige handlinger. Det er vanskelig å se at det melder seg særlige hensyn som begrunner en strengere vurdering av lojalitetsplikten etter at oppsigelse er gitt. Dette tilsier at forberedelser domstolene har godkjent før oppsigelse, også bør godkjennes dersom de foretas etter oppsigelse, nærmere bestemt i oppsigelsestiden.

Den andre siden av dette gjelder forberedelser foretatt før oppsigelse som ikke godkjennes av domstolene. Selv om det er klart at lojalitetsplikten består frem til utløpet av oppsigelsestiden, vil reelle hensyn kunne begrunne en noe mildere vurdering av forberedelser foretatt i oppsigelsestiden. I denne perioden vil arbeidstaker normalt være opptatt av å finne nytt, inntektsgivende arbeid slik at han bl.a. kan opprettholde sin økonomi og levestandard. Også arbeidsgiver vil forberede seg på at arbeidsforholdet snart opphører. Samtidig vil samfunnet være tjent med at arbeidskraft ikke legges øde.

Det kan derfor tenkes at en handling domstolen ikke godkjenner før oppsigelse, likevel kan godkjennes dersom den foretas i oppsigelsestiden. I så tilfelle synes lojalitetsplikten modifisert. Imidlertid tilsier hensyn bak lojalitetsplikten at dette ikke strekkes for langt. Arbeidsgivers interesser må ivaretas også i oppsigelsestiden.

På denne bakgrunn kan det anføres at forberedelser til konkurrerende virksomhet foretatt *før* oppsigelsestidspunktet, vil kunne være gjenstand for en noe strengere vurdering enn forberedelser foretatt i oppsigelsestiden.

1.2.2. Markedsføringslovens god forretningsskikk-standard

Markedsføringsloven § 25 beskytter næringsdrivende mot illojal konkurranse; næringsdrivendes handlinger må ikke stride mot ”... *god forretningsskikk*...”⁸. Dersom arbeidstaker etablerer og starter drift av en konkurrerende virksomhet mens han fortsatt er ansatt hos arbeidsgiver, eller hvor det fremdeles består et samarbeidsforhold mellom dem, vil handlingene begrenses av bestemmelsen. Også utnyttelse av teknologisk kunnskap som arbeidstaker har ervervet gjennom arbeidsforholdet omfattes, f.eks. bedriftshemmeligheter og know-how⁹. I slike tilfeller er arbeidstaker både arbeidstaker hos arbeidsgiver og næringsdrivende i konkurranse med ham. Da vil både den arbeidsrettslige lojalitetsplikt og god forretningsskikk-standard i markedsføringsloven få anvendelse på forholdet. Slike situasjoner kan f.eks. oppstå dersom arbeidsgiver samtykker eller på annen måte godkjenner arbeidstakers konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet består.

I Vikingdommen la Høyesterett til grunn at

*”Lojalitetsprinsippet i den nevnte lovbestemmelse [nå mfl. § 25]¹⁰ vil imidlertid for forhold i ansettelsestiden, sjelden få selvstendig betydning, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne tid vil være sterkt begrenset av hans lojalitets- og troskapsplikt overfor arbeidsgiveren.”*¹¹

De to lojalitetspliktenes anvendelsesområde er altså ikke skarpt avgrenset, og til en viss grad kan det derfor trekkes paralleller mellom og argumenter fra de to standardene.

⁸ Markedsføringsloven § 25.

⁹ Rt 1964 s. 238.

¹⁰ Min tilføyelse.

¹¹ Rt 1990 s. 607 s. 614.

Lojalitetsplikten gjelder bare frem til utløpet av oppsigelsestiden. Derfor vil markedsføringslovens standard om god forretningsskikk komme inn med full styrke og selvstendig betydning *etter* dette tidspunkt. God forretningsskikk-standard i markedsføringsloven faller dermed utenfor oppgavens tema.

1.2.3. Tiden etter oppsigelse – tilstøtende reguleringer m.v.

Oppgaven avgrenses også mot arbeidstakers konkurrerende virksomhet *etter* utløp av oppsigelsestiden. Etter utløp av oppsigelsestiden vil ikke lenger lojalitetsplikten begrense arbeidstakers konkurransemuligheter, jfr. LB-1999-298 hvor retten uttrykker at det i gjeldende rett ikke er ”... *grunnlag i rettspraksis eller teori for at det kan oppstilles lojalitetsplikt etter arbeidsforholdets opphør...*”¹².

Etter utløpet av oppsigelsestiden er utgangspunktet det alminnelige avtalerettslige prinsipp om at arbeidstaker står fritt av hensyn til hvilken type virksomhet han vil jobbe i/etablere. Dette fremgår bl.a. av Grunnloven § 101 om næringsfrihet og § 110 om verdien av arbeid, samt effektivitetshensyn bak formålsbestemmelsen i konkurranseloven¹³, den alminnelige handlefrihet¹⁴ og generelle avtalerettslige prinsipper.

Etter oppsigelsestidens utløp vil det kunne oppstå konkurranserettslige spørsmål. Et sentralt hensyn i norsk rett er hensynet til fri konkurranse, som i stor grad kommer til uttrykk gjennom konkurranselovgivningen. Konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler¹⁵ begrenser og regulerer konkurransebegrensende adferd, mens markedsføringsloven kontrollerer og beskytter både forbrukere og næringsdrivende. Det avgrenses derfor mot konkurranserettslige spørsmål.

Etter oppsigelsestidens utløp kan det også oppstå spørsmål i forbindelse med særlige avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som begrenser arbeidstakers

¹² LB-1999-298.

¹³ Konkurranseloven § 1.

¹⁴ Lunde (2001) s. 377.

¹⁵ EØS-loven 1992, særlig art. 53 og art. 54.

konkurrerende spillerom. De mest sentrale avtaler er konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler.

Klausulene kan lett bli for omfattende. Gyldigheten av konkurranseklausulenes vilkår reguleres av avtaleloven § 38 mens gyldigheten av vilkårene i kunde- og ikke-rekrutteringsklausulene reguleres av avtaleloven § 36.

I 2008 utarbeidet advokatfirmaet Hjort en utredning om konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler som ble sendt ut på høring. I juni 2010 sendte Arbeidsdepartementet et nytt forslag til regulering av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler ut på høring. Høringsfristen var 1. november 2010 og saken er fremdeles under behandling¹⁶. Disse emnene vil ikke bli behandlet i det videre.

Til sist avgrenses det også mot reguleringer i immaterialretten. Denne kan f.eks. oppstille begrensninger vedrørende varemerker og forretningskjennetegn arbeidstaker bruker, dersom de har tilstrekkelig likhet med tidligere arbeidsgivers¹⁷.

1.2.4. Arbeidsgivers reaksjoner

Dersom arbeidstaker forbereder konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden, oppstår spørsmål om arbeidsgivers reaksjoner. Oppgavens rammer gir ikke rom for en grundig gjennomgang. I avslutningskapitlet vil jeg likevel forsøke å trekke frem noen hovedpunkter, særlig på bakgrunn av rettspraksis oppgaven gjennomgår. Spørsmål om arbeidsgivers styringsrett og avskjed av arbeidstaker i oppsigelsestiden vil derfor behandles i kapittel 4. Det avgrenses mot øvrige reaksjoner, likevel slik at en kort oversikt er nyttig.

Dersom arbeidstakers forberedelseshandlinger er illojale oppstår spørsmål om arbeidsgiver har krav på erstatning. De alminnelige erstatningsvilkår må da være oppfylt. I motsetning til eventuelle erstatningskrav fra arbeidstaker

¹⁶ Nordaas (2011).

¹⁷ Kjøttvedgaard (1965) s. 287-289.

(billighetserstatning¹⁸), betinges arbeidsgivers erstatningskrav av et påvist økonomisk tap. Samvirkende omstendigheter kan gjøre det vanskelig å fastslå det eksakte økonomiske tap eller årsakssammenheng mellom de illojale forberedelsene og tapet¹⁹. Problemet med fastsettelsen av det økonomiske tapet kan tenkes avhjulpet dersom partene, ved ansettelse, inngår en gjensidig avtale som fastsetter en dagmulkt. Utfører arbeidstaker konkurransehandlinger i strid med lojalitetsplikten, aktiveres avtalen. Ordningen synes imidlertid vanskelig å gjennomføre i praksis, særlig på grunn av arbeidsgivernes konkurranse om de beste arbeidstakerne og mulighetene for avtalerevisjon etter avtaleloven § 36.

I utgangspunktet er arbeidstaker selv erstatningsansvarlig. Det kan imidlertid oppstå spørsmål om solidarisk ansvar for arbeidstaker og hans konkurrerende selskap²⁰, enten på ulovfestet grunnlag eller på bakgrunn av det generelle arbeidsgiveransvaret, jfr. skadeserstatningsloven § 2-1.

Arbeidsgiver kan også reise søksmål for å få fastsatt at arbeidstakers forberedelser er illojale. Det kan ofte være praktisk å kreve midlertidig forføyning, jfr. tvisteloven § 32-1(3) og tvisteloven kapittel 34, med påstand om at forberedelseshandlingene skal opphøre.

Permitteringsadgangen synes lite aktuell fordi permitteringen må begrunnes i virksomhetens forhold. Den kan ikke brukes som svar på arbeidstakers forberedelseshandlinger. Uansett er permitteringer midlertidige.

1.2.5. Etablerte konkurrenter, arbeidsgivers samtykke og overdragelsessituasjoner

Til dels avgrenses oppgaven mot den situasjon at arbeidstaker ansettes hos en allerede etablert konkurrent, herunder også hvor han skyter inn egne midler for å erverve

¹⁸ Ot.prp.nr.41 (1975-76).

¹⁹ Rt 1990 s. 607 s. 616 (Viking).

²⁰ Lunde (2001) s. 360-361, Rt 1990 s. 607 s. 616.

eierandel i virksomheten. Her vil arbeidstakers handlinger ofte være generelle forberedelser til inntreden i en bestående stilling, i motsetning til forberedelser i forbindelse med etablering av selve virksomheten, som jo er oppgavens tema.

Imidlertid synes det som visse forberedelseshandlinger kan få lignende konsekvenser for arbeidsgiver, uavhengig av hvilke situasjoner som foreligger. Eksempler er arbeidstakers rekruttering av medarbeidere, eller kontakt med kunder og forretningsforbindelser i oppsigelsestiden. I begge tilfeller er hensikten å ta med seg noe fra arbeidsgiver til den konkurrerende virksomheten. Lykkes arbeidstaker med sitt forsøk, vil konsekvensene være de samme for arbeidsgiver uavhengig av om arbeidstaker starter hos en konkurrent eller starter for seg selv. Rettspraksis angående slike situasjoner vil derfor kunne være relevant for oppgavens tema.

Det kan tenkes at arbeidsgiver samtykker til illojale forberedelseshandlinger. I utgangspunktet vil ikke slike tilfeller innebære brudd på lojalitetsplikten. Det kan imidlertid oppstå spørsmål rundt samtykket, f.eks. om arbeidsgiver ble forelagt nødvendig informasjon om hensikten med/omfanget av handlingen²¹. Oppgaven avgrenses således mot situasjoner hvor arbeidsgiver samtykker til forberedelseshandlinger.

Til slutt avgrenses oppgaven mot overdragelsessituasjoner. Et typisk eksempel er at tidligere arbeidsgiver selger sin virksomhet. Etter salget vil selgeren ofte være forpliktet til ikke å starte konkurrerende virksomhet.

1.3. Begrepsavklaringer

1.3.1. Arbeidstaker, arbeidsgiver og arbeidsforhold

Arbeidsmiljøloven § 1-8 angir legaldefinisjon av begrepene arbeidstaker og arbeidsgiver. Etter lovens ordlyd er arbeidstaker ”... *enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.*”, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-8(1). Forarbeidene til arbeidsmiljøloven²² gir

²¹ Nazarian (2007) s. 323-325.

²² Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73-74.

anvisning på en helhetsvurdering av avtaleforholdet på bakgrunn av kriterier oppstilt gjennom rettspraksis. Helhetsvurderingen medfører at bl.a. konsulenter, oppdragstakere og tillitsverv faller utenfor arbeidstakerbegrepet. Merk at det ikke er avgjørende om begrepet ”oppdragstaker” er brukt. Det vil alltid være de reelle forhold som er bestemmende. Ifølge rettspraksis²³ kan det skje identifikasjon mellom arbeidstaker som foretar forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet, og den juridiske person som etableres i anledningen.

Arbeidsmiljøloven § 1-8(2) definerer arbeidsgiver som ”... *enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*”. Som regel vil arbeidsgiver være en virksomhet²⁴.

Arbeidsforholdet er avtaleforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, inngått ved arbeidsavtalen. Det spesielle avtaleforholdet innebærer at arbeidstaker er underordnet arbeidsgiver, og at han oftest står i et økonomisk avhengighetsforhold til denne²⁵. Arbeidsforholdet opprettes gjennom inngåelse av arbeidsavtalen ved ansettelse, og opphører ved avskjed eller, i oppsigelsestilfeller, ved utløp av oppsigelsestiden.

I det videre vil ”arbeidstaker” referere til rettssubjektet som, i oppsigelsestiden, foretar forberedende handlinger for å starte virksomhet i konkurranse med arbeidsgivers. Med ”arbeidsgiver” menes rettssubjektet arbeidstaker har lojalitetsplikt overfor på bakgrunn av et bestående eller opphørt arbeidsforhold. Oppgaven tar utgangspunkt i situasjonen sett fra arbeidstaker og arbeidsgivers side (i motsetning til f.eks. leverandører, kunder osv.)

1.3.2. Forberedende handling

Med ”forberedende handling” menes i det videre forberedende handling til konkurrerende virksomhet. Det er ikke unaturlig at enkelte arbeidstakere prøver å få

²³ Rt 1990 s. 607 s. 616, RG 2010 s. 488.

²⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74, Jakhelln (2006) s. 55-56.

²⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

unna en del av forberedelsene i oppsigelsestiden. På den måten blir overgangsperioden fra tidligere arbeidsgiver til drift av den nyoppstartede (og konkurrerende) virksomheten, økonomisk effektiv for arbeidstakeren.

En forberedende handling kan være så mangt. Normalt vil stiftelse av et selskap, leie av lokaler, innkjøp av varelager og/eller produksjonsutstyr, ansettelse av medarbeidere, henvendelser til mulige leverandører/forretningsforbindelser og rekruttering av kunder være blant de mest sentrale forberedelser.

Forberedelsene kan videre bestå i utarbeidelse av en markedsføringsplan og selve markedsføringen. I den forbindelse må det f.eks. utvikles logo og gjøres markedsundersøkelser. Imidlertid kan det spørres om lojalitetsplikten oppstiller skranker for tidspunktet markedsføringen kan igangsettes. Markedsføring av den konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet består, kan innebære brudd på lojalitetsplikten²⁶.

Forberedelser kan også relatere seg til søknad om patenter, varemerker og design. Ved patent kan det f.eks. oppstå problemer/uenigheter i forhold til hvem som er rett patenthaver. Det kan være arbeidsgiver mener forholdene i bedriften ble lagt til rette for at arbeidstakeren utviklet den aktuelle produksjonsmetode.

1.4. Rettskildesituasjonen

Oppgaven bygger på alminnelige norske rettskildeprinsipper. Det finnes ingen generell lov som (direkte) regulerer arbeidstakers forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden. Den arbeidsrettslige lojalitetsplikt er heller ikke lovfestet, men en ulovfestet allmenn rettsgrunnsetning skapt gjennom rettspraksis. Ettersom Høyesterettspraksis vedrørende spørsmålet er sparsommelig, må også underrettspraksis få en viss betydning.

²⁶ NAD 1988 s. 367.

Spørsmålet om underrettspraksis har selvstendig relevans og vekt, eller om den bare kan benyttes som illustrasjon, er gjenstand for diskusjon i den juridiske teori²⁷. Tilfeldig publisering, svekket autoritet i forhold til Høyesterettspraksis, betydningen av at det ikke finnes Høyesterettspraksis på området, samt at påberopelse i juridisk litteratur øker dommens innflytelse, er noen av argumentene som fremholdes i debatten. I praksis vil underrettspraksis uansett ha betydning for rettsanvendere, blant annet for å finne argumenter eller som støtte i den aktuelle saken. Dette gjelder særlig hvor det ikke finnes Høyesterettspraksis, og hvor et større antall underrettsavgjørelser går i samme retning.

Så langt det er mulig har jeg forsøkt å bruke lagmannsrettspraksis for å belyse spørsmål som ikke er behandlet av Høyesterett. Rettspraksis fra lagmannsretten synes å ha tyngre vekt og større innflytelse på rettstilstanden enn annen underrettspraksis. Saken vil ofte være gjenstand for en grundigere behandling når den går gjennom to instanser i motsetning til en. I tillegg består retten i lagmannsretten av flere enn én dommer. På den annen side bør det bemerkes at heller ikke alle lagmannsrettsdommer publiseres.

I oppgaven har jeg også brukt flere avgjørelser inntatt i Norsk Arbeidsrettslig Domssamling (NAD). De fleste er eldre byrettsdommer. Arbeidet med NAD innebar utgivelse av nesten alle arbeidsrettslige avgjørelser fra 1981 til 1988. Ettersom publiseringen var tilnærmet fullstendig for rettsområdet arbeidsrett, vil avgjørelsene kunne ha større vekt enn alminnelige dommer fra tingrettene, hvor publiseringen ofte er tilfeldig²⁸. Uansett vil vekten av dommer fra tingretten (inkludert byretten) ha liten rettskildemessig vekt, og derfor er avgjørelsene fra NAD benyttet mer som illustrasjon.

For ordens skyld påpeker jeg at avgjørelser fra Arbeidsretten ikke er inntatt i NAD. På grunn av Arbeidsrettens stilling som særdomstol og sisteinstans har avgjørelsene betydelig rettskildemessig vekt. Arbeidstvistloven § 7 angir Arbeidsrettens domsmyndighet, som i utgangspunktet omfatter spørsmål i forbindelse med

²⁷ Eckhoff (2001) s.162, Boe (2010) s. 304-306.

²⁸ Eckhoff (2001) s. 156.

tariffavtaler, f.eks. tolkning av tariffbestemmelser. Praksis fra Arbeidsretten har derfor ikke særskilt relevans for oppgavens tema.

Til en viss grad vil også juridisk teori være relevant for å belyse aktuelle momenter som kan være av betydning for vurderingen, særlig hvor de også er forankret i rettspraksis. Momenter som bare finnes i juridisk litteratur kan være med på å belyse hva domstolene ikke legger vekt på, eller hva de i fremtiden kan komme til å legge vekt på i vurderingen.

På bakgrunn av felles rettstradisjon og det tidligere nordiske lovsamarbeid (særlig innenfor formueretten) mellom Norge, Sverige og Danmark, er både svensk og dansk litteratur og rettspraksis relevante rettskilder i arbeidsretten. Ettersom lojalitetsplikten innhold virker sammenfallende i de tre land har jeg brukt svensk og dansk rettsstilstand der den er egnet til å belyse oppgavens problemstillinger. Oppgavens rammer gir ikke plass for et dypt dykk i rettsstilstanden i disse land. Jeg må derfor nøye meg med å peke på hovedpunktene. I forbindelse med rettspraksis fra Sverige og Danmark har det vært vanskelig å få en tilstrekkelig god oversikt. I tillegg er domsgrunnene i Sverige, og særlig Danmark, mindre utfyllende enn i Norge²⁹. Hovedvekten er derfor lagt på juridiske litteratur derfra.

Svenske avgjørelser fra Arbeidsretten (AD) kan sies å ha tilnærmet lik rettskildemessig vekt som Arbeidsrettsdomstolens avgjørelser i norsk rett – altså betydelig rettskildemessig vekt. AD er en særdomstol hvis hensikt er å behandle saker av prinsipiell betydning fra et arbeidsrettslig synspunkt. Den er enten sisteinstans etter behandling i tingretten, eller eneste instans for saker som bare hører under AD³⁰. Ellers er eksempler fra dansk og svensk Høyesterettspraksis brukt for å illustrere problemstillinger i oppgaven, da Høyesterettspraksisen også der naturligvis har stor rettskildemessig vekt.

²⁹ Eckhoff (2001) s. 157-158.

³⁰ Adlercreutz (2000) s. 78-79.

2 Arbeidstakers lojalitetsplikt og forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden

2.1 Innledning

Utgangspunktet er at arbeidstaker plikter å avstå fra konkurranse med arbeidsgiver så lenge arbeidsforholdet består. Det innebærer ofte mislighold av arbeidsavtalen om arbeidstaker utfører konkurrerende aktivitet i dette tidsrommet. Arbeidsgiver kan da kreve erstatning, evt. også i kombinasjon med andre sanksjoner som f.eks. avskjed.

Arbeidsgiver har gjennomgående stor interesse i å kunne begrense arbeidstakers mulighet til å starte konkurrerende virksomhet. Ofte er arbeidstakernes kunnskap det vesentlige aktivum i virksomheten, samtidig som det i mange bransjer vil være et tett bånd mellom kunde og en bestemt arbeidstaker. Det typiske tilfelle er at arbeidstaker tar med seg den kunnskap tidligere arbeidsgiver har investert i og starter konkurrerende virksomhet, eller som Lunde formulerer det ”... *tek hovudet med seg og går* ...”³¹. Dermed kan arbeidsgiver fort sitte igjen med et stort tap aktivum arbeidsgiver selv bidro til å skape, i tillegg til tap av kunder o.l. som følger arbeidstakeren. Dette tilsier regler som ivaretar arbeidsgivers interesser.

Hensynet til fri konkurranse er et sentralt hensyn i norsk rett. Arbeidsgiver kan til en viss grad begrense arbeidstakers konkurransefrihet gjennom bl.a. konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler. Utenfor disse tilfellene vil hensynet til arbeidsgiver, samt dennes behov for å kunne forberede seg på en ny konkurrent, medføre at den ulovfestede arbeidsrettslige lojalitetsplikten begrenser hvilke forberedelser arbeidstaker kan gjøre. Begrensningene kan allikevel ikke være for vidtgående. Gjennom arbeidet hos tidligere arbeidsgiver vil arbeidstakeren ofte ha utviklet erfaring og kunnskap som innskrenker hans arbeidsområder og – muligheter. Hans erfaringer/kunnskap gjelder f.eks. et snevert emne. Konkurrerende virksomhet blir dermed en slags ”naturlig følge”

³¹ Lunde (2001) s. 365.

dersom arbeidstaker bytter arbeidsgiver eller starter egen virksomhet. Sammen med samfunnets interesse i at arbeidskraft ikke legges øde, tilsier dette at også arbeidstakers interesser må tillegges vekt.

Lojalitetsplikten er ikke et absolutt forbud mot arbeidstakers forberedelser til konkurrerende virksomhet. Men den ivaretar arbeidsgivers interesser ved at den begrenser omfanget av og hvilke forberedelser som kan aksepteres. Den generelle grensen lojalitetsplikten trekker opp, gjelder typen aktivitet arbeidstaker utviser i oppsigelsestiden³². Tar han f.eks. med seg opplysninger, kunder, ansatte osv. fra arbeidsgiver til sin nye virksomhet, vil det kunne innebære brudd på lojalitetsplikten. På den andre siden vil innhenting av generelle og allment tilgjengelige opplysninger om det aktuelle marked og kundekrets, som ikke direkte stammer fra arbeidsgiver, (normalt) innebære at lojalitetsplikten er overholdt.

I relasjon til arbeidstakers stilling, er det i rettspraksis lagt til grunn at det gjelder en strengere lojalitetsplikt for ledende ansatte i forbindelse med hvilke forberedelser til konkurrerende virksomhet som kan aksepteres. Blant annet oppstiller mindretallet i Rt 1960 s. 371 et slikt skjerpet lojalitetskrav, det er uttrykkelig sagt av Høyesterett i Norsportdommen³³ og lagt til grunn i senere rettspraksis³⁴.

Spørsmålet om arbeidstakers forberedelser til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden innebærer en overtredelse av lojalitetspliktens grenser er en konkret avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Ettersom temaet ikke er lovregulert, vil det vanskelig la seg oppstille en uttømmende liste av momenter til helhetsvurderingen. Oppgaven vil derfor fokusere på å synliggjøre de momenter rettspraksis har trukket frem i sin vurdering av spørsmålet.

For det første må det foreligge en forberedende handling som knytter seg til en konkurrerende virksomhet (i oppsigelsestiden) og den må antakelig være i strid med

³² Dege (2009) s. 951.

³³ Rt 1993 s. 300 s. 304-305.

³⁴ F.eks. LE-2003-26.

arbeidsgivers interesser. Et annet moment synes å være om handlingen representerer et aktuelt skadepotensiale for tidligere arbeidsgiver. Videre kan det virke som situasjonen på handlingstidspunktet kan ha betydning for klassifiseringen av de enkelte handlinger. Sannsynligvis vil det også ha betydning hvorvidt arbeidstaker har informert arbeidsgiver om den aktuelle handlingen. I visse tilfeller vil nok opplysningsmomentet komme inn også for arbeidstakers planer om å starte konkurrerende virksomhet. I dette kapittel vil jeg drøfte disse enkelte elementene samt grensen lojalitetsplikten trekker opp.

Av rettspraksis synes beviskravet for å konstatere illojalitet som utgangspunkt å være vanlig sannsynlighetsovervekt³⁵. Dette utgangspunktet støttes av hovedprinsippet i tvisteloven³⁶. Ved mistanke om at arbeidstaker foretar illojale forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden, f.eks. at han uberettiget tar med seg kundelister og markedsføringsplaner for bruk i den nye konkurrerende virksomhet, kan det bli spørsmål om arbeidsgivers mulighet for bevissikring utenfor rettssak, jfr. tvisteloven kapittel 28. Aktuelt er også arbeidsgivers mulighet for innsyn i arbeidstakers e-post³⁷, herunder uten forutgående varsel til arbeidstaker dersom det er grunn til å frykte at han vil kunne hindre at beviset sikres, jfr. tvisteloven § 28-3(4).

2.2 Handlingens skadepotensiale

2.2.1 Utgangspunkter og rettsgrunnlag

Vanligvis betyr nye aktører innen en bransje en mulighet for skade eller tap for de øvrige, allerede etablerte aktørene. Muligheten for skade eller tap vil være tilstede også hvor arbeidstaker *forbereder* oppstart til konkurrerende virksomhet (i oppsigelsestiden). Skaden/tapet trenger ikke nødvendigvis være direkte økonomisk, men kan også angå f.eks. arbeidsgivers kunder, forretningsforbindelser, anseelse eller tillit til den aktuelle arbeidstaker³⁸.

³⁵ Se bl.a. RG 1999 s. 427, LA-2006-71768.

³⁶ Tvisteloven kommentarutgave Bind II (2007) s. 987.

³⁷ Personopplysningsforskriften kap. 9.

³⁸ Nazarian (2007) s. 483-486.

Det vil innebære skadepotensiale for arbeidsgiver om arbeidstaker aktivt driver konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden. Lojalitetsplikten er da overtrådt, og arbeidsgiver kan fremsette sanksjons- og erstatningskrav.

I juridisk teori³⁹ er det antatt at forberedelser som ikke har aktuelt skadepotensiale for arbeidsgiver, normalt heller ikke er i strid med lojalitetsplikten. F.eks. synes det tillatt at arbeidstaker, i oppsigelsestiden, inngår leieavtale for lokaler den konkurrerende virksomhet skal drives fra. Handlingens skadepotensiale er intet absolutt vilkår for handlingens illojalitet⁴⁰, men inngår som moment i vurderingen.

I en dom fra Agder Lagmannsrett⁴¹ sluttet daglig leder og en salgssjef for å starte egen virksomhet i konkurranse med arbeidsgiver. De hadde opptrådt illojalt i oppsigelsestiden ved blant annet å påvirke en av arbeidsgivers hovedforhandlere og ved å ha kopiert og tatt med seg forretningsdokumenter fra arbeidsgiver. Lagmannsretten kom med generelle uttalelser om handlingens skadepotensiale.

*”Det er etter lagmannsrettens syn i utgangspunktet adgang for en arbeidstaker til å forberede overgangen til ny arbeidsgiver eller oppstart av egen virksomhet ved blant annet å foreta undersøkelser eller å etablere et selskap forutsatt at slike forberedelser ikke er synlige i markedet for arbeidsgivers kunder, leverandører og andre avtalepartnere. Aktivitetene må for øvrig heller ikke komme til fortrengsel for de arbeidsoppgaver han ellers skal utføre i arbeidsforholdet før avslutningen.”*⁴²

Sitatet viser at en viss forberedende aktivitet godtas, samtidig som det belyser relevante momenter i vurderingen av handlingens skadepotensiale. Det vil altså være av betydning om forberedelsen er synlig for arbeidsgivers forretningsmessige relasjoner. Jo mer synlig forberedelsen er, jo lettere vil den kunne være egnet til å påvirke f.eks. en

³⁹ Dege (2009) s. 951, Lunde (2001) s. 371.

⁴⁰ Dege (1997) s. 125.

⁴¹ LA-2006-71768.

⁴² LA-2006-71768.

av arbeidsgivers kunder til å bli med arbeidstaker til hans nye virksomhet. I tillegg gjelder den generelle arbeidsplikten ut oppsigelsestiden. Arbeidsplikten er definert i arbeidstakers arbeidsavtale eller slik den til enhver tid fremstår dersom arbeidsgiver har endret arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden gjennom styringsretten. Uansett innhold vil arbeidsplikten begrense arbeidstakers forberedelser til konkurrerende virksomhet.

Dersom forberedelsen/handlingen representerer en aktuell mulighet for skade/tap for arbeidsgiver, trekker momentet i retning av at lojalitetsplikten er overtrådt.

Handlingens skadepotensiale er altså trukket frem i både rettspraksis⁴³ og teori. Utgangspunktet for vurderingen av momentet er om handlingen medfører en realistisk fare for tap for tidligere arbeidsgiver⁴⁴. Det kreves altså ikke at handlingen faktisk påfører arbeidsgiveren negative konsekvenser. I næringslivet vil det dessuten alltid være en generell risiko for at nye konkurrenter starter opp. Dersom arbeidstakers handling ikke innebærer fare for skade/tap for arbeidsgiver utover denne generelle risikoen, synes momentet å trekke i retning av at lojalitetsplikten er overholdt.

Det er den konkrete handlingen/forberedelsen som skal vurderes⁴⁵. Spørsmålet om virksomheten som sådan, når driften er kommet i gang, utgjør skadepotensiale/tap for tidligere arbeidsgiver faller derfor utenfor.

2.2.2 Innholdet i begrepet "handlingens skadepotensiale"

Innholdet i handlingens skadepotensiale kommer klart frem i den forannevnte dom fra Agder lagmannsrett⁴⁶. Om momentet og innholdet i det, uttalte lagmannsretten at

"... en arbeidstaker som hovedregel ikke må foreta seg noe som kan medføre tap eller skade for arbeidsgiveren ved konkurrerende virksomhet. I forbindelse med oppsigelse og overgang til nytt arbeid i en potensielt konkurrerende virksomhet,

⁴³ Rt 1993 s. 300, LA-2006-71768.

⁴⁴ Borch/Fougner (2000) s. 70.

⁴⁵ Poulsen (1993) s. 31.

⁴⁶ LA-2006-71768.

*blir det sentrale punktet hvorvidt arbeidstakeren før han fratrer foretar seg noe som skader arbeidsgiverens relasjon til kunder og leverandører, eller på annen måte ved interne disposisjoner eller unnlatelse av slike svekker det forretningmessige utbytte som disse relasjonene ellers må formode å gi.*⁴⁷

Dommen viser at arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers forretningsrelasjoner i oppsigelsestiden, kan innebære et skadepotensiale. Som tidligere nevnt vil kontakten kunne påvirke dem til å bli med arbeidstaker til hans nye virksomhet. Sitatet viser at både eksterne og interne disposisjoner omfattes i vurderingen av handlingens skadepotensiale, og dermed også i forbindelse med spørsmålet om lojalitetsplikten er overtrådt. Innholdet i domstolens uttalelse må få virkning også for andre forberedelseshandlinger til konkurrerende virksomhet.

Videre må det foretas en helhetsvurdering av den aktuelle handlingen. Dersom arbeidstaker henvender seg til arbeidsgivers kunder i forsøk på å få dem med seg til sin konkurrerende virksomhet, vil vurderingen være om det foreligger en realistisk mulighet for at kundene forlater arbeidsgiver. Har ikke arbeidstaker de kvalifikasjoner kundene krever, vil henvendelsen (normalt) ikke representere fare for tap av kunder – sannsynligheten er stor for at kundene blir hos arbeidsgiver. Annerledes kan det stille seg om arbeidstaker både besitter de relevante kvalifikasjoner og har ”kunde-tekke”. Sannsynligheten vil da være stor for at kundene følger med arbeidstaker til hans konkurrerende virksomhet, og dette vil representere tapsfare for arbeidsgiver. Momentet om handlingens skadepotensiale trekker da i retning av brudd på lojalitetsplikten.

Selv om det kan argumenteres for at handlingen ikke representerer skadepotensiale i tilfeller hvor arbeidstaker mangler de kvalifikasjoner kundene krever, vil den allikevel kunne være illojal på grunn av f.eks. tillitsbrudd overfor arbeidsgiver⁴⁸.

Dette resonnementet støtter følgelig opp om rettspraksis hvor det er uttalt at lojalitetsplikten ”... er strengere for en leder enn for en annen ansatt.”⁴⁹. Starter en

⁴⁷ LA-2006-71768.

⁴⁸ Nazarian (2007) s. 518.

⁴⁹ LE-2003-26, oppgavens punkt 2.6.

ledende ansatt egen konkurrerende virksomhet, vil det lettere utgjøre et (større) skadepotensiale for tidligere arbeidsgiver enn hvor arbeidstaker jobbet ”på gulvet”.

2.2.3 Betydningen av handlingens skadepotensiale for lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten kan altså være krenket selv om forberedelsen ikke representerer skadepotensiale for arbeidsgiver. Det kan imidlertid synes som lojalitetsplikten lettere er overtrådt dersom handlingen representerer skadepotensiale.

I Norsportdommen⁵⁰ ble arbeidstaker avskjediget fordi han hadde drevet private forhandlinger med en produsent arbeidsgiver var forhandler for. Arbeidsgiver ønsket eneforhandlerrett for produktene, og gav arbeidstakeren ansvaret for forhandlingene. Arbeidstaker oppnådde imidlertid ikke eneforhandlerrett. Gjennom kontakten med representanter i Norsport fremsatte arbeidstaker et privat tilbud om kjøp av selskapet, men heller ikke dette førte frem. Retten kom til at arbeidstakeren, i den perioden forhandlingene pågikk, ikke hadde truffet disposisjoner som var egnet til å skade arbeidsgiveren. Opptreden ble allikevel ansett som grovt illojal ettersom han ikke hadde opplyst arbeidsgiver om forhandlingene og tillitsbruddet dette medførte. I tillegg hadde han benektet forholdet da han ble konfrontert av arbeidsgiver. Dommen er relevant selv om den gjelder avskjedigelse før oppsigelsestiden. Den viser at handlingens skadepotensiale ikke er et absolutt vilkår for at lojalitetsplikten skal være krenket, men et moment i den konkrete vurderingen.

Det kan ha betydning for handlingens skadepotensiale om arbeidstaker informerer arbeidsgiver om den aktuelle handlingen. Også i Vikingdommen⁵¹ la retten vekt på manglende informasjon til arbeidsgiver. Handlingens skadepotensiale ble ikke eksplisitt påpekt i dommen, men retten la til grunn at manglende opplysning medførte at arbeidstakerne hindret bedriften

⁵⁰ Rt 1993 s. 300.

⁵¹ Rt 1990 s. 607, tidligere behandlet s. 2.

”... i å treffe sine foranstaltninger for å møte den situasjon som ville oppstå når to nøkkelpersoner ville starte en egen konkurrerende virksomhet.”⁵²

Forholdene som ble vurdert i Vikingdommen ville antakelig vært illojale selv om de to arbeidstakerne hadde informert ledelsen om sine planer. Dommen kan betraktes som uttrykk for betydningen av arbeidsgivers muligheter til å forberede seg på konsekvensene av at en arbeidstaker starter egen konkurrerende virksomhet. At arbeidsgiver gis mulighet til å treffe slike tiltak, kan ha innvirkning på hvilken retning momentet trekker i. F.eks. kan en handling som i utgangspunktet representerer skadepotensiale/tap, allikevel ikke gjøre det på grunn av arbeidsgivers mulighet for å sette inn tiltak.

Handlingens skadepotensiale er et moment i vurderingen av om arbeidstaker har brutt lojalitetsplikten gjennom forberedelser til konkurrerende virksomhet. Elementene i helhetsvurderingen av om det foreligger en realistisk fare for tap omfatter bl.a. både interne og eksterne disposisjoner, handlingens synlighet overfor arbeidsgivers forretningsrelasjoner, om forberedelsene går utover arbeidstakers arbeidsplikt, arbeidstakers stilling og om arbeidsgiver er gitt muligheten til å forberede seg på konkurransen. Det er intet vilkår at arbeidstakers forberedelseshandling representerer skadepotensiale for arbeidsgiver. Men momentet drøftes i en rekke dommer og synes derfor å ha betydelig vekt i vurdering av lojalitetsplikten.

2.3 Arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser

Lojalitetsplikten innebærer at arbeidstaker må forholde seg lojalt i forhold til arbeidsgivers interesser⁵³. Oppstår det interessemotsetninger plikter arbeidstaker å fremme arbeidsgivers interesse, i motsetning til egne eller tredjemanns. Dege uttrykker det slik:

⁵² Rt 1990 s. 607 s. 615.

⁵³ Jakhelln (2007) s. 302.

”Arbeidstaker må verken fremme egne eller andres interesser til fortrengsel for arbeidsgiverens i sin stilling som arbeidstaker.”⁵⁴

Plikten gjelder overfor alle handlinger arbeidstaker foretar seg så lenge arbeidsforholdet består. Følgelig gjelder den også i oppsigelsestiden.

Når arbeidstaker forbereder konkurrerende virksomhet vil ofte forberedelsene i seg selv være i strid med arbeidsgivers interesser. De klare tilfeller er hvor handlingen innebærer direkte konkurranse med arbeidsgiver, f.eks. hvor arbeidsgiver aktivt prøver å få med seg medarbeidere til sin nye, konkurrerende virksomhet ved å tilby dem arbeid der, jfr. punkt 3.2. På den andre siden kan det være at forberedelsen ikke direkte motvirker arbeidsgivers interesser på tidspunktet den foretas, men at den vil gjøre det en gang i fremtiden. Spørsmålet er derfor om plikten til å fremme arbeidsgivers interesser oppstiller begrensninger for hvilke forberedelser arbeidstaker kan gjøre i oppsigelsestiden.

Arbeidstakers interesser vil i stor grad rette seg mot utviklingen og fremgangen av hans egen (nye, konkurrerende) virksomhet eller sin nye arbeidsgivers (konkurrerende virksomhet). Arbeidstakers tidligere arbeidsgiver blir en konkurrent på lik linje med andre. Derfor vil arbeidstakers interesser, og kanskje spesielt i oppsigelsestiden, ofte være i betydelig kontrast med arbeidsgivers. Dette kan også uttrykkes som en avveining mellom lojalitetsprinsippet og arbeidstakers handlefrihet⁵⁵.

Arbeidsgivers interesse inneholder forskjellige aspekter, og retter seg mot arbeidsgivers virksomhet og formålet med denne. Et sentralt motiv med å drive virksomhet, og dermed en av arbeidsgivers store interesser, er overskuddet virksomheten gir. Arbeidsgiver vil derfor være opptatt av produksjon/salg/omsetning osv. og forhold som kan påvirke dette. Samtidig har arbeidsgiver mye oppmerksomhet rettet mot sine arbeidstakere, f.eks. for å holde en stabil arbeidsstokk slik at omsetningen ikke utsettes for svingninger. Stabile forretningsforbindelser og kundekrets er også av vesentlig

⁵⁴ Dege (2009) s. 812.

⁵⁵ Nazarian (2007) s. 509.

betydning for arbeidsgiver for å kunne planlegge optimal bestilling og levering av varer/tjenester.

I Vikingdommen tar Høyesterett opp arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser. Om arbeidstakernes handlinger uttalte Høyesterett at

*”... det må være helt klart at de ikke hadde adgang til å opptre i strid med arbeidsgiverens interesser med henblikk på å fremme egne næringsinteresser.”*⁵⁶

Dommen viser Høyesteretts holdning til interessemomentet - den sentrale betydning av arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser i forbindelse med lojalitetsplikten. I helhetsvurderingen som foretas, er dette et moment med betydelig vekt, jfr. *”... helt klart ... ikke hadde adgang til å opptre i strid med arbeidsgiverens interesser...”*⁵⁷

Betydningen av interessemotsetningene kommer også tydelig frem i en dom fra Eidsivating lagmannsrett⁵⁸ hvor en salgsleder sa opp for å starte hos en konkurrent. Arbeidsgiver påberopte flere forhold som grunnlag for brudd på lojalitetsplikten. Et av spørsmålene for domstolen var om det var illojalt at arbeidstaker, frem til oppsigelsen ble levert, unnlot å informere arbeidsgiver om mulighetene for at han kom til å ta arbeid hos en konkurrent. Konkurrenten planla å starte ny salgsavdeling i Oslo og hadde i den forbindelse kontakt med arbeidstakeren angående stilling som daglig leder. Først da det ble fattet formell beslutning om etablering av ny salgsavdelingen, informerte arbeidstakeren arbeidsgiver om forholdet. Samtidig leverte han sin oppsigelse. I sammenheng med lojalitetsplikten og interessemotsetningene uttalte lagmannsretten at

”All den stund det i utgangspunktet står enhver arbeidstaker fritt å slutte i sitt arbeide og begynne hos en konkurrent av arbeidsgiveren, vil lojalitetspliktens

⁵⁶ Rt 1990 s. 607 s. 614.

⁵⁷ Rt 1990 s. 607 s. 614.

⁵⁸ LE-2003-26.

grenser ofte være vanskelige å trekke i en situasjon som det foreliggende, der det må legges til grunn at arbeidstakers fullt lovlige intensjoner nettopp er i strid med arbeidsgivers interesser. I den interesseavveiningen som da må foretas, plikter arbeidstakeren fremdeles å ivareta arbeidsgiverens interesser så langt det er mulig uten at det har innvirkning av betydning for vedkommendes egne, legitime interesser.”⁵⁹

Lagmannsretten kom til at arbeidstaker ikke hadde opptrådt illojalt ved unnlatelsen av å opplyse om mulighetene for arbeidsforhold hos en konkurrent. Han hadde imidlertid overtrådt lojalitetsplikten ved å delta i et møte med arbeidsgivers forhandler kort tid før beslutning om nyetableringen ble tatt, og ved at han, etter oppsigelsen, nektet å oppgi hvilken konkurrent han skulle starte hos.

Dommen er senere fulgt opp i rettspraksis⁶⁰ og illustrerer en situasjon hvor interessemotsetningene er uunngåelig. Det samme vil gjelde hvor arbeidstaker slutter for å starte egen konkurrerende virksomhet.

I den konkrete vurderingen gir domstolen uttrykk for at så lenge det bare foreligger en mulighet for nye arbeidsforhold, som innebærer konkurranse med arbeidsgiver, trenger ikke arbeidstaker å informere arbeidsgiver. Opplysningsplikten inntreffer først når muligheten faktisk er reell. I den aktuelle sak ble muligheten reell da det ble fattet vedtak om etablering av den konkurrerende virksomhet. På dette tidspunkt informerte arbeidstakeren sin arbeidsgiver om forholdet, samtidig som han leverte sin oppsigelse. Han hadde dermed overholdt lojalitetsplikten for det aktuelle forholdet. Domstolen uttalte at

”Det kan ikke kreves at en arbeidstaker skal sette seg i en slik vanskelig stilling selv om det ville vært i arbeidsgivers interesse.”⁶¹

⁵⁹ LE-2003-26.

⁶⁰ Bl.a. LB-2007-64453.

⁶¹ LE-2003-26.

Arbeidstaker har rett til å undersøke mulighetene for annet arbeid, såkalte ”følere”, selv om dette senere kan medføre konkurranse med arbeidsgivers virksomhet. Akkurat som ved vurderingen av handlingens skadepotensiale, vil arbeidstaker være berettiget et lite spillerom for å kunne undersøke mulighetene for annet arbeid osv. Før det foreligger en reell mulighet for konkurranse med arbeidsgiver, synes arbeidstakers interesser å veie tyngre enn arbeidsgivers. Dette må gjelde både ved oppstart av egen, konkurrerende virksomhet, og der arbeidstaker tar arbeid hos en konkurrent. Domstolens begrunnelse er at arbeidstakers situasjon hos arbeidsgiver vil kunne bli problematisk dersom det viser seg at han blir hos arbeidsgivers virksomhet. Sagt på en annen måte – arbeidsgiver kan miste tillit til arbeidstakeren.

Dommen gjelder interessevurderingen før oppsigelsestiden. Likevel viser den at arbeidstaker har en plikt til, ”... så langt det er mulig ...”⁶², å ivareta arbeidsgivers interesser. Den antyder også at interessevurderingen i denne spesielle relasjon blir strengere i oppsigelsestiden, ettersom konkurransemulighetene da faktisk er reelle. I oppsigelsestiden vil derfor arbeidsgivers interesser ha betydelig vekt i vurderingen av om lojalitetsplikts grenser er overtrådt.

2.4 Situasjonen på handlingstidspunktet

2.4.1 Utgangspunkter

Situasjonen i arbeidsgivers virksomhet kan tenkes å få innvirkning på vurderingen av om arbeidstaker har brutt lojalitetsplikts grenser. Det er situasjonen på tidspunktet arbeidstaker foretar den aktuelle handlingen som er avgjørende.

Hensynet til at arbeidstaker skal kunne sikre sine interesser, herunder særlig arbeidsplass og sysselsetting, tilsier at lojalitetsplikts grenser modifiseres dersom f.eks. det fremstår klart at arbeidsgivers virksomhet skal legges ned. En utvidet adgang til å forberede konkurrerende virksomhet vil i slike tilfeller også gagne samfunnet ved at arbeidstakers arbeidskraft ikke legges øde. På den andre siden må det tas hensyn til arbeidsgiver i vurderingen. Også i en avviklingsperiode kan arbeidsgiver ha interesse av

⁶² LE-2003-26.

minst mulig konkurranse for å oppnå optimalt resultat i forhold til avviklingens potensiale, f.eks. at prisen på resterende salgsvareer ikke må settes ned på grunn av nye konkurrenter. Dette støtter synspunktet om at lojalitetsplikten grenser består uavhengig av situasjon.

Det kan sondres mellom hvem av partene som sier opp arbeidsavtalen. Flere situasjoner kan tenkes å oppstå, samtidig som bakgrunnen for oppsigelsen kan variere. Spørsmålet blir da om lojalitetsplikten grenser i oppsigelsestiden endres i relasjon til hvem som sier opp, eller etter hva som er bakgrunnen for oppsigelsen.

Arbeidsgiver kan gå til oppsigelse av arbeidstaker når oppsigelsen er saklig begrunnet enten i virksomhetens eller arbeidstakers forhold, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7. Dersom arbeidsgiver sier opp på grunn av *arbeidstakerens* (saklige) forhold, f.eks. at arbeidstakers forberedelser er illojale/annet mislighold, gjelder lojalitetsplikten som ellers i oppsigelsestiden.

Går arbeidsgiver til oppsigelse på grunn av saklige forhold i *virksomheten*, f.eks. fordi omstrukturering av virksomheten med etterfølgende nedbemanning er ønskelig eller nødvendig, vil nok utgangspunktet være at lojalitetsplikten gjelder som ellers i oppsigelsestiden. Det kan imidlertid argumenteres for at bakgrunnen for omstruktureringen/nedbemanningen kan ha innvirkning på lojalitetsplikten grenser.

Reguleringen av konkurranseklausuler kan tenkes få betydning også for lojalitetsplikten i oppsigelsestiden. Er arbeidsgiver skyld i at arbeidstaker sier opp, f.eks. gjennom pliktbrudd overfor arbeidstaker, vil en avtalt konkurranseklausul falle bort, jfr. avtaleloven § 38(3). Det samme vil skje dersom arbeidsgiver sier opp arbeidstaker uten at det foreligger saklig grunn. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at lojalitetsplikten modifiseres i oppsigelsestiden, dersom slike situasjoner oppstår. I begge situasjoner vil det virke urimelig at arbeidstakers næringsfrihet begrenses på grunn av forhold han ikke har kontroll over, og som arbeidsgiver er skyld i.

Går arbeidsgiver til oppsigelse av arbeidstaker uten saklig grunn, vil det også foreligge mislighold av arbeidsgivers forpliktelser. Dette taler for en større frihet for arbeidstaker

i oppsigelsestiden – han bør ikke være den som bærer konsekvensene av arbeidsgivers mislighold. På bakgrunn av analogibetraktningene fra konkurranseklausulenes regulering, kan sontringen tenkes få betydning for vurderingen av lojalitetsplikten i oppsigelsestiden. Imidlertid vil nok vekten av momentet trolig være begrenset.

2.4.2 Arbeidstaker er i en presset situasjon

Den faglige og den sosiale/menneskelige relasjon er viktig for et velfungerende arbeidsforhold. Imidlertid kan det oppstå hendelser som gjør at arbeidstaker føler seg presset. Det kan f.eks. oppstå personlige forskjeller mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som gjør det vanskelig å samarbeide. Spørsmålet er om den pressede situasjonen modifierer lojalitetspliktens grenser i forbindelse med forberedelse til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden.

I den juridiske teori har det vært sondret mellom hvem som er skyld i at arbeidstaker befinner seg i en presset situasjon og ser etter annet arbeid. Kristen Andersen⁶³ er av den oppfatning at lojalitetspliktens grenser kan modifieres noe, til arbeidstakers fordel, bare dersom *arbeidsgiver* er skyld i arbeidstakers pressede situasjon. Det samme synspunktet anføres i situasjoner hvor arbeidsgiver og arbeidstaker i like stor grad må sies å være skyld i situasjonen. Er derimot arbeidstaker selv å bebreide for situasjonen, har han seg selv å takke for at han ikke lenger vil jobbe hos arbeidsgiver. Følgelig vil lojalitetsplikten da gjelde som ellers, også i oppsigelsestiden.

Andersens sontring kritiseres blant annet i dansk rett av Hasselbalch⁶⁴. Hans oppfatning er at det vil være uten betydning hvem som er skyld i at arbeidstakeren befinner seg i en presset situasjon. Konsekvensene vil da allerede følge av alminnelige regler.

Arbeidstakers handling vil, uavhengig av om arbeidsgiver eller begge er skyld i den pressede situasjonen, uansett være rettstridig. Dersom arbeidstaker er skyld i den pressede situasjon, vil misligholdsreglene uansett kunne anvendes. Han mener derfor at

⁶³ Andersen (1967) s. 142-143.

⁶⁴ Hasselbalch (1980) s. 646-647.

lojalitetsplikten består uendret, uavhengig av hvem som er skyld i den pressede situasjon.

Jeg kan ikke se at sontringen er kommentert i nyere juridisk litteratur, bortsett fra at Lunde henviser til diskusjonen uten selv å kommentere⁶⁵. Andersen og Hasselbalchs synspunkter gjelder i utgangspunktet for bestående arbeidsforhold, før oppsigelse foreligger. Men deres synspunkter må kunne ha overføringsverdi til oppgavens problemstilling.

Hasselbalchs eksempler begrenses til konkurransehandlinger som uansett er rettsstridig ifølge lov, f.eks. utnyttelse av bedriftshemmeligheter⁶⁶. I forbindelse med forberedelse til konkurrerende virksomhet vil de fleste handlinger ikke nyte slikt vern, og Andersens synspunkt kan derfor virke rimeligere. Imidlertid vil sontringen kunne medføre vanskeligheter i forbindelse med graden av arbeidsgivers skyld, samt den konkrete betydningen for lojalitetspliktens grenser.

På bakgrunn av det spinkle rettskildemateriale som foreligger, er det usikkert om sontringen har betydning for lojalitetspliktens grenser. Reelle hensyn kan imidlertid anføres til støtte for at sontringen bør kunne brukes som moment i vurderingen av lojalitetsplikten. Velges en slik løsning vil Andersens synspunkter kunne være veiledende for innholdet i momentet.

Diskusjonen gir, etter min vurdering, holdepunkter for at det bør kunne tillegges noe vekt om arbeidsgiver er skyld i situasjonen. Motsatt vil antakelig lojalitetspliktens grenser bestå uendret dersom arbeidstaker selv er skyld i situasjonen. I en mellomstilling kommer situasjoner hvor begge har like mye skyld i situasjonen. Følges Andersens argumentasjon fullt ut, må momentet kunne brukes til arbeidstakers fordel, altså som argument for at lojalitetsplikten ikke er like streng. Hensynet til arbeidstaker vil da veie tyngre enn hensynet til arbeidsgiver. Et sentralt hensyn i den sammenheng er at arbeidstaker normalt er den svakere part i arbeidsforholdet.

⁶⁵ Lunde (2001) s. 369.

⁶⁶ Straffeloven § 294(2), § 405a, markedsføringsloven § 28.

I to avgjørelser gjengitt i Norsk Arbeidsrettslig Domssamling⁶⁷ var spørsmålet om de aktuelle arbeidstakerne hadde brutt lojalitetsplikten i oppsigelsestiden gjennom forberedelser til konkurrerende virksomhet. Retten fant det ikke godtgjort at noen av dem var i en tvangssituasjon da de utførte handlingene. At retten eksplisitt tok standpunkt til om arbeidstakeren befant seg i en tvangssituasjon, viser at momentet kan ha betydning for vurderingen av lojalitetspliktes grenser. Avgjørelsene har imidlertid begrenset rettskildemessig betydning, særlig i forhold til rettspraksis fra Høyesterett. Etter min vurdering vil arbeidstakers konkrete situasjon kunne tillegges vekt uavhengig av årsak, men tyngden av momentet er antakelig ikke betydelig.

2.4.3 Den videre eksistens av arbeidsgivers virksomhet er usikker

Det kan oppstå en situasjon i arbeidstakers oppsigelsestid som gjør den videre eksistens av arbeidsgivers virksomhet usikker. F.eks. kan virksomheten være på randen av konkurs. Spørsmålet er om arbeidstakers lojalitetsplikt i oppsigelsestiden modifiseres.

Dege fremholder at arbeidstakers lojalitetsplikt vanligvis består uendret selv om virksomheten skulle gå konkurs⁶⁸. Begrunnelsen er konkursboets automatiske inntreden i skyldnerens arbeidsavtaler, jfr. dekningsloven § 7-11. Dersom boet ikke erklærer at det ikke trer inn i arbeidsavtalen og ingen av partene benytter den ekstraordinære oppsigelsesadgangen dekningsloven § 7-11 gir anvisning på, vil arbeidsforholdet bestå ut arbeidstakers oppsigelsestid. Følgelig gjelder den alminnelige arbeidsrettslige lojalitetsplikt for arbeidstakeren som ellers, uavhengig av konkursen⁶⁹.

Dersom arbeidsgivers virksomhet er konkurs, kan det argumenteres for at arbeidstakers forberedende handlinger ikke er til *konkurrerende* virksomhet. Konkursboet arbeider normalt med avvikling av arbeidsgivers virksomhet, slik at den opphører/oppløses i løpet av nær fremtid. Følgelig vil det ikke oppstå konkurranse etter fullført avvikling. Argumentet kan ikke føre frem ettersom konkursboet uansett trer inn i arbeidsavtalen.

⁶⁷ NAD 1984 s. 317, NAD 1988 s. 1227.

⁶⁸ Dege (2009) s. 949.

⁶⁹ Andenæs (2009) s. 224.

Arbeidsavtalen består, følgelig også lojalitetsplikten. Videre er det tidspunktet da handlingen/forberedelsen ble foretatt som er avgjørende i vurderingen av lojalitetsplikten. Arbeidet med avvikling av virksomheten vil mest sannsynlig skje etter arbeidstakers oppsigelsestid. Hensynet til arbeidstaker skyves dermed i bakgrunnen av hensynet til arbeidsgiver, konkursboet og kreditorer.

Lojalitetsplikten grenser endrer seg altså ikke nevneverdig ved arbeidsgivers konkurs. Men virksomhetens videre eksistens kan også være usikker av andre grunner, f.eks. fordi arbeidsgiver selv gir uttrykk for å ville legge ned virksomheten, selv om det ikke foreligger press av en mulig konkurs eller lignende. I Computansedommen⁷⁰ hadde samtlige ansatte sagt opp på grunn av personlige og økonomiske konflikter mellom eierne av virksomheten. Disse konfliktene skapte usikkerhet rundt virksomhetens videre eksistens. Etter utløp av oppsigelsestiden gikk flere av de ansatte sammen og startet konkurrerende virksomhet.

Sentralt i domstolens vurdering av arbeidstakernes lojalitetsplikt var blant annet ”... om eventuelle brudd på opplysningsplikt eller konkurransehandlinger ble begått før arbeidsforholdet var avsluttet m.v.”⁷¹ Retten konkluderte med at usikkerheten rundt bedriftens videre eksistens var bakgrunnen for samtlige ansattes oppsigelser. Det ble ikke foretatt konkurransehandlinger i oppsigelsestiden. De hadde ikke informert kunder, leverandører eller andre forbindelser om at de kom til å stifte eget selskap med lignende konsulentvirksomhet. Dommen kan anses som uttrykk for at lojalitetsplikten består uendret i oppsigelsestiden også hvor bedriftens videre eksistens er usikker, selv om usikkerheten ikke relaterer seg til mulighetene for konkurs og lignende.

Også hensynene som begrunner lojalitetsplikten støtter en slik konklusjon. Så lenge virksomheten faktisk drives, må grensene lojalitetsplikten trekker opp i forbindelse med forberedelser til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden, gjelde som ellers. Nazarian⁷² vil imidlertid modifisere grensene dersom virksomheten skal legges ned.

⁷⁰ RG 1999 s. 427.

⁷¹ RG 1999 s. 427.

⁷² Nazarian (2007) s. 519.

Hun mener da at arbeidstaker står fritt til å forberede konkurrerende virksomhet også før arbeidsgivers virksomhet faktisk har opphørt. Dersom arbeidstakers oppfatning viser seg å være feil, blir spørsmålet om han burde forstått at virksomheten ikke skulle legges ned. På bakgrunn av konklusjonen ovenfor samt bevisproblemene Nazarians synspunkt medfører, er min oppfatning at grensen bør bestå uendret frem til arbeidsgivers virksomhet faktisk opphører.

Et spørsmål kan være om lojalitetsplikts grenser endres dersom arbeidstaker tror det er sannsynlig eller nærliggende at han blir sagt opp. Situasjonen gjelder tiden før oppsigelse og faller utenfor oppgavens tema. For ordens skyld påpeker jeg at Høyesterett har vektlagt momentet i forbindelse med vurderingen av lojalitetsplikten⁷³.

2.5 Arbeidstakers opplysningsplikt i oppsigelsestiden

2.5.1 Opplysningsplikt om forberedelseshandlinger til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden

Lojalitetsplikten pålegger arbeidstaker en plikt til å informere arbeidsgiver om forberedelser og planer om å starte konkurrerende virksomhet, også i oppsigelsestiden. Dette kan bidra til å hindre at tilliten til arbeidstakeren svekkes. Opplysningsplikten gjelder forhold av betydning for/forberedelser som kan få konsekvenser for arbeidsgivers virksomhet.

Et av aspektene ved lojalitets- og opplysningsplikten, er arbeidsgivers mulighet til å forberede seg på (konsekvensene av) arbeidstakers handlinger, jfr. Vikingdommen⁷⁴. Selv om dommen gjelder opplysningsplikt i tiden før oppsigelse, viser den opplysningsplikts sentrale plass i vurderingen av lojalitetsplikten. Denne vurdering må foretas uansett tidspunktet for forberedelsen. Arbeidsgiver gis mulighet til å forberede seg på virkningene av at de(n) aktuelle arbeidstaker(ne) slutter, og at en konkurrerende virksomhet etableres. I tillegg får han mulighet til å påvirke/begrense at virksomheten starter opp raskt etter oppsigelsestidens utløp.

⁷³ Rt 1960 s. 371 s. 376.

⁷⁴ Rt 1990 s. 607 s. 615, tidligere behandlet s. 2.

I en avgjørelse fra Oslo byrett i 1987⁷⁵ tok retten stilling til om arbeidstaker hadde oppfylt informasjonsplikten overfor arbeidsgiver. Arbeidstakeren sa opp og stiftet deretter, sammen med en tidligere kollega, et selskap innen samme bransje som arbeidsgivers. Selskapet ble stiftet med sikte på å levere inn anbud på et prosjekt i konkurranse med arbeidsgiver, men arbeidstakers deltakelse i oppsigelsestiden var kun formell. Først etter at anbudet var innlevert informerte arbeidstakeren arbeidsgiver om sine handlinger.

Retten la stor vekt på at arbeidsgiver hadde ”... *legitim interesse i å bli informert...*”⁷⁶ om de ulike handlingene arbeidstaker utførte i oppsigelsestiden. I tillegg hadde arbeidstakeren opptrådt kritikkverdig. Likevel utgjorde det ikke tilstrekkelig avskjedsgrunnlag i oppsigelsestiden. Dommen viser opplysningspliktens betydning for arbeidsgiver, herunder som vurderingsgrunnlag for hvilke tiltak som bør iverksettes for å ”beskytte” seg selv.

Opplysningsplikten får også betydning for et annet aspekt ved lojalitetsplikten, nemlig tilliten mellom partene. Selv om det ofte kan være naturlig at tilliten mellom partene er svekket i en oppsigelsesperiode, er spørsmålet både aktuelt og relevant, jfr. Norsportdommen⁷⁷.

Opplysningspliktens sentrale betydning for tilliten mellom partene illustreres også i en avgjørelse fra Holst herredsrett⁷⁸. Saken gjaldt kjøp av utstyr fra et konkursbo. I kraft av sin stilling fikk arbeidstaker både se utstyret og kunnskap om arbeidsgivers tanker rundt pris osv. Arbeidstaker la inn flere anonyme bud i konkurranse med arbeidsgiver, til og med mens arbeidsgiver diskuterte den anonyme byderen med ham. Han informerte aldri arbeidsgiver om den anonyme byderens identitet. Disse forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet ble foretatt i oppsigelsestiden og gjorde at arbeidstaker fikk

⁷⁵ NAD 1987 s. 218.

⁷⁶ NAD 1987 s. 218.

⁷⁷ Rt 1993 s. 300, tidligere behandlet s. 20.

⁷⁸ NAD 1984 s. 317.

tilslaget. Retten konkluderte med at avskjedigelsen av arbeidstaker i oppsigelsestiden var rettmessig og uttalte at

”Lojalitetsmomentet i troskapsplikten tilsier at arbeidstakeren må spille med åpne kort overfor arbeidsgiveren ... ved sin opptreden har spilt med så lukkede kort at bedriften må kunne høres med at det ikke lenger vare mulig for den å ha tillit til ham.”⁷⁹

Dommen gir uttrykk for at arbeidstaker aktivt og fortløpende må informere arbeidsgiver om forskjellige forberedelser for at tilliten skal bestå. Dette får igjen betydning for vurderingen av lojalitetsplikten.

Et tredje aspekt er at opplysningsplikten ofte kommer inn som et av flere momenter i helhetsvurderingen av lojalitetsplikten i oppsigelsestiden, jfr. eksempelvis Vikingdommen.

2.5.2 Opplysningsplikt om annet enn forberedelseshandlinger

Opplysningsplikten gjelder ikke bare opplysninger om forberedelse til konkurrerende virksomhet. Så lenge arbeidsforholdet består, plikter arbeidstaker å fremme arbeidsgivers interesser. Det betyr at han må dele informasjon av relevans for arbeidsgivers virksomhet med arbeidsgiver, så lenge arbeidsforholdet består.

I Høyesteretts dom inntatt i Rt 1996 s. 1401 (Autronica) unnlot arbeidstaker å informere arbeidsgiver om at hun i ett år hadde stått registrert som daglig leder i et annet selskap. Det var ektemannen hennes som eide og drev selskapet. Det var klart at hun ikke deltok aktivt i virksomheten, men hadde en passiv rolle. Arbeidsgiver oppfattet selskapet som en konkurrent, og anførte at arbeidstaker hadde opptrådt i strid med lojalitetsplikten ved å unnlate å informere om forholdet. Retten kom til at det forelå brudd på lojalitetsplikten og forholdet ble ansett som saklig grunn for oppsigelse.

⁷⁹ NAD 1984 s. 317.

Dommen gjaldt tiden før oppsigelse. Likevel er den egnet til å vise hvor omfattende arbeidstakers opplysningsplikt er når det gjelder forhold av betydning for arbeidsgivers virksomhet. Det kan virke som omfanget av opplysningsplikten avhenger av arbeidsgivers vurdering av hva som faller under begrepet ”forhold av betydning”. Arbeidsgivers interesser ivaretas nettopp gjennom opplysningsplikten. På denne bakgrunn plikter arbeidstaker å informere arbeidsgiver om forhold som kan være av betydning for arbeidsgivers konkurransemessige posisjon, både i forhold til arbeidstaker selv, men også i forhold til tredjemann.

I LA-2007-98795⁸⁰ holdt arbeidstaker tilbake opplysninger av konkurransemessig betydning for arbeidsgiver i forbindelse med anbud. Arbeidstaker fikk kunnskap om konkurransemessige opplysninger i oppsigelsestiden. Han etablerte et konkurrerende selskap hvor han brukte opplysningene for å oppnå et klart konkurransefortrinn i en anbudsprosess. Konsekvensen var at arbeidsgiver mistet en av sine store kunder, og retten klassifiserte forholdet som klart illojalt. Dette utgjorde ansvarsgrunnlag og arbeidsgiver ble tilkjent erstatning.

Dommen viser at opplysningsplikten ikke bare knyttes direkte til opplysninger om arbeidstakers eget forhold, men at den også kan få betydning i forbindelse med opplysninger arbeidstaker erverver gjennom andre. Det vil også være av betydning hvordan arbeidstakeren benytter de aktuelle opplysningene. I den nevnte dommen brukte arbeidstakeren opplysningene om (anbudet og) kunden nettopp til å forberede konkurranse mot tidligere arbeidsgiver, altså i strid med lojalitetsplikten.

Det kan argumenteres for at forholdet ikke ville vært klassifisert som illojalt dersom arbeidstaker ikke hadde brukt opplysningene til å konkurrere mot arbeidsgiver. På den andre siden ville arbeidstaker fremdeles holdt tilbake opplysninger av konkurransemessig betydning som han hadde ervervet i kraft av sin (oppsagte) stilling. På en måte har han da, kanskje ubevisst, fremmet tredjemanns interesser fremfor arbeidsgivers. (Tredjemann kan f.eks. være arbeidsgivers øvrige konkurrenter.)

⁸⁰ Jfr. TOSLO-2004-78614.

Forholdet vil antakeligvis uansett rammes av lojalitetsplikten, men bør i alle fall få betydning i vurderingen av om den er overtrådt.

Situasjonen kan også være at arbeidstaker tilbakeholder andre opplysninger av betydning for arbeidsgivers virksomhet. Normalt synes situasjonen å stride mot lojalitetsplikten dersom arbeidstaker, etter utløp av oppsigelsestiden, bruker opplysningene i sin egen konkurrerende virksomhet. Arbeidstaker får da, mest sannsynlig, en såkalt ”flying start”⁸¹. Dette ville ikke vært tilfellet om han hadde overholdt lojalitetsplikten og delt informasjonen med arbeidsgiver. Forutsetningen er at arbeidstaker ervervet opplysningene mens arbeidsforholdet bestod. Det er altså tilbakeholdelsen som her er den forberedende handlingen, og som følgelig er gjenstand for vurdering i relasjon til lojalitetsplikten.

Dersom arbeidstaker skal starte konkurrerende virksomhet eller begynne hos en konkurrent, kan det stilles spørsmål om lojalitetsplikten pålegger ham plikt til å informere arbeidsgiver om dette. Nærmere bestemt er det spørsmål om og eventuelt hvor utførlig arbeidstaker må opplyse om sine fremtidsplaner ved oppsigelse⁸². Det kan argumenteres for at tilbakeholdelse av slike opplysninger kan gi arbeidstaker et fortrinn til konkurransen. Det kan også hindre arbeidsgivers mulighet for vurdering av aktuelle foranstaltningers effektivitet.

I LE-2003-26 skrev arbeidstaker i sin oppsigelse at han ved fratredelse ”... skal umiddelbart begynne som Daglig-Leder i en høyst konkurrerende bedrift...”⁸³. Han nektet å opplyse arbeidsgiver hvilken konkurrent han skulle begynne hos. I tillegg tilbakeholdt han informasjon om at konkurrenten var nyetablert på markedet, og at praktisk talt hele arbeidsgivers salgsteam skulle begynne der. Dette ble av retten vurdert som illojalt og utgjorde ansvarsgrunnlag for arbeidsgivers erstatningskrav. Arbeidsgiver fikk imidlertid ikke medhold fordi retten ikke fant det bevist at arbeidsgiver hadde lidt tap som følge av forholdet.

⁸¹ Dege (2009) s. 949.

⁸² LG-2000-1483.

⁸³ LE-2003-26, tidligere behandlet s. 23.

Dommen er relevant for oppgavens tema selv om det ikke var arbeidstaker selv som etablerte den konkurrerende virksomheten. Den viser domstolens holdning til hvilken informasjon, angående arbeidstakers fremtidsplaner, som arbeidsgiver kan kreve ved oppsigelse. Dette synes å harmonere med arbeidstakers generelle opplysningsplikt om forberedelser og konkurrerende virksomhet. Videre viser dommen betydningen av at arbeidstaker holder tilbake konkurranserelatert informasjon. Arbeidsgiver vil normalt ha behov for informasjon om *at* det kommer en ny konkurrent, og hva som gjør dette til en konkurrent. Vet arbeidsgiver dette, kan interessene ivaretas gjennom å sette i gang nødvendige forberedelser og foranstaltninger. Særlig hvor flere av arbeidsgivers ansatte følger med arbeidstaker, synes unnlatelse av å opplyse om den konkrete konkurrerende virksomhet å innebære et betydelig skadepotensiale. Informasjonen vil derfor være av vesentlig betydning for arbeidsgivers videre strategi.

Det må trolig kunne kreves at arbeidstaker opplyser hvilken konkret konkurrent han skal starte hos. Starter han egen virksomhet, kan arbeidsgiver antakelig kreve informasjon om virksomheten, f.eks. hvilken type, hva som skal produseres osv. På den måten får arbeidsgiver grunnlag for å vurdere om arbeidstaker senere vil utgjøre konkurranse. På bakgrunn av informasjonen kan derfor arbeidsgiver ivareta sine interesser i oppsigelsestiden, særlig dersom arbeidstaker bruker tiden til forberedelse av sin virksomhet.

2.6 Arbeidstaker i ledende stilling

Det er i rettspraksis lagt til grunn at arbeidstakers stilling får betydning for vurderingen av lojalitetsplikten⁸⁴. Noe av bakgrunnen er at arbeidstaker i ledende stilling normalt vises en tillit som stiller strengere krav til lojalitet⁸⁵. Begrepet ”ledende stilling” har her større anvendelsesområde enn ”virksomhetens øverste leder” i arbeidsmiljøloven § 15-16(2).

⁸⁴Bl.a. LE-2003-26.

⁸⁵ Nazarian (2007) s. 503.

Den ledende ansattes nøkkelposisjon i arbeidsgivers virksomhet er noe av bakgrunnen for stillingens betydning i vurderingen av lojalitetsplikten. Sannsynligvis vil det være vanskeligere å erstatte og konkurrere med ham, enn det vil være med en arbeidstaker i en mer underordnet stilling. I tillegg vil ofte arbeidstakere i nøkkelposisjon erverve særlig kunnskap om viktige forhold ved virksomheten i løpet av ansettelsesforholdet. Bruk av denne kunnskapen i egen konkurrerende virksomhet, f.eks. markedsføringsplaner, kan innebære skadepotensiale for arbeidsgiver,

Den arbeidsrettslige lojalitetsplikt innebærer også at arbeidstaker i ledende stilling normalt har en skjerpet opplysningsplikt i forhold til andre arbeidstakere. Dette er lagt til grunn av Høyesterett⁸⁶. I Vikingdommen la retten vekt på at

*”Begge var nøkkelpersoner. Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet. Og det må være helt klart at de ikke hadde adgang til å opptre i strid med arbeidsgiverens interesser med henblikk på å fremme egne næringsinteresser.”*⁸⁷

På grunn av arbeidsoppgaver, kunnskap osv. som erverves nettopp gjennom den aktuelle stillingen, vil arbeidstakere i nøkkelposisjoner lettere kunne fremme egne næringsinteresser på bekostning av og i konkurranse med arbeidsgivers. Det kan derfor argumenteres for at arbeidstakere i ledende stilling må utvise større forsiktighet enn arbeidstakere i underordnet stilling.

På den andre siden må også arbeidstakere i ledende stillinger ha en viss mulighet til å sjekke ut markedet og evt. planlegge oppstart av en konkurrerende virksomhet, uten umiddelbart å måtte opplyse arbeidsgiver om dette. I NAD 1987 s. 269 tok retten stilling til rettmessigheten av avskjed av tre arbeidstakere. De hadde alle vært ansatt i ledende stillinger (salgsdirektør, distriktssjef og avdelingssjef) i et firma som var eneforhandler for japanske kontormaskiner av merket ”Brother”. Bakgrunnen for

⁸⁶ Rt 1993 s. 300 s. 304-305.

⁸⁷ Rt 1990 s. 607 s. 614.

avskjeden var at arbeidsgiver hadde fått høre at de tre snakket om å starte et eget, konkurrerende firma dersom de kunne få eneagentur på noen spesielle kontormaskiner fra Panasonic. Arbeidstakerne hadde også holdt et par korte møter med Panasonic, men med negativt utfall. I forbindelse med opplysningsplikten og arbeidstaker i ledende stilling uttalte retten at

”Etter rettens syn må arbeidstakere, også folk i ledende stillinger, ha anledning til å undersøke mulighetene til å starte for seg selv, uten at dette alene kan anses som grunnlag for avskjed.”⁸⁸

Domstolen godtok altså at arbeidstakere i ledende stilling kunne undersøke og, til en viss grad, foreta mindre forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet uten å være pålagt opplysningsplikt overfor arbeidsgiver. Retten tok ikke stilling til informasjonspliktens betydning dersom reelle forhandlinger med Panasonic hadde vært aktuelt. Det kan derfor virke som det trekkes en grense mot tilfeller hvor planene om etablering av den konkurrerende virksomhet fremdeles er løse og usikre. Et slikt synspunkt harmonerer også med domstolens oppfatning i LE-2003-26, hvor opplysningsplikten først inntrådte når muligheten for konkurrerende arbeidsforhold var reell⁸⁹. Det synes derfor som at opplysningsplikten ikke gjelder ubetinget dersom planene er løse og usikre, heller ikke for arbeidstakere i ledende stilling.

Avgjørelsen gjaldt avskjed forut for oppsigelse. Arbeidsgiver nedla subsidiær påstand om at avskjeden måtte opprettholdes som oppsigelse. Den samlede rett konkluderte med at det ikke forelå avskjedsgrunnlag. Flertallet kom til at det heller ikke forelå saklig grunn for oppsigelse, mens rettens mindretall dissenterte på dette punkt. Ingen av kriteriene var oppfylt i den aktuelle saken. Avgjørelsen er fra en underrettsdomstol (Oslo byrett), og har derfor begrenset rettskildemessig vekt. Den kan allikevel tjene som illustrasjon for domstolens vurdering av arbeidstakers stilling i forbindelse med lojalitetsplikten, og i dette tilfelle særlig opplysningsplikten.

⁸⁸ NAD 1987 s. 269.

⁸⁹ Tidligere behandlet s. 23.

Ledende ansatte og andre nøkkelpersoner har normalt særlig innsikt i virksomhetens forhold, herunder forretningsmessige forhold av stor betydning som f.eks. markeds- og strategiplaner, budsjett osv. I oppsigelsestiden vil det derfor ofte være i arbeidsgivers interesse at arbeidsplikten bortfaller samtidig som ansettelsesforholdet med den tilhørende ulovfestede lojalitetsplikt består.

Utgangspunktet er at både arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og plikter består frem til utløp av oppsigelsestiden, herunder henholdsvis lønnsplikt og arbeidsplikt. Følgelig gjelder også lojalitetspliktens grenser for arbeidstakers forberedelser til konkurrerende virksomhet i dette tidsrommet⁹⁰. Oslo namsrett har i en kjennelse slått fast at lojalitetsplikten består ut oppsigelsestiden uten påvirkning av arbeidsplikten omfang i samme periode⁹¹.

Unntak fra arbeidsplikt i oppsigelsestiden kan forekomme, men må da fremgå konkret av avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker⁹². Antakelig vil det da bero på en tolkning av avtalen om lojalitetsplikten opphører samtidig med arbeidsplikten, eller om den består ut oppsigelsestiden. Betaler arbeidsgiver lønn i oppsigelsestiden, vil sistnevnte alternativ vanligvis gjelde⁹³. For ordens skyld påpeker jeg at avtale om unntak fra arbeidsplikten ikke er begrenset til å gjelde ledende ansatte. Det synes imidlertid å ha større aktualitet for arbeidstakere i slike posisjoner.

Også andre situasjoner kan imidlertid forekomme. F.eks. kan arbeidsgiver si opp arbeidstaker og samtidig, uten at det foreligger avtale, ensidig frita ham fra arbeidsplikten eller nekte ham å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Spørsmålet blir da om det foreligger oppsigelse, herunder om styringsrettens grenser er overholdt, eller om det i realiteten er en avskjedssituasjon. Det rettslige utgangspunkt er at det regnes som oppsigelse dersom arbeidsgiver betaler lønn i oppsigelsestiden, forutsatt at det faktisk er

⁹⁰ Borch/Fougner (2000) s. 77.

⁹¹ NAD 1987 s. 282.

⁹² RG 2009 s. 780, NAD 1987 s. 282 eller muligens klar sedvane i bransjen (typisk aksjemeglere).

⁹³ Dege (1997) s. 92.

klart på oppsigelsestidspunktet at lønn vil bli utbetalt⁹⁴. Mottar ikke arbeidstaker lønn i ”oppsigelsestiden” foreligger det i realiteten avskjed. Spørsmålet blir da bl.a. om avskjeden er rettmessig, og om arbeidstaker evt. kan kreve erstatning.

⁹⁴ Fanebust (2001) s. 28-30.

3 Typiske forberedelseshandlinger - kasuistikk

3.1. Innledning

Utgangspunktet for dette kapittel er situasjonen i arbeidstakers oppsigelsestid. Arbeidstaker har bestemt seg for å starte egen virksomhet i konkurranse med arbeidsgivers. Ofte vil arbeidstaker da ønske å bruke oppsigelsestiden på forberedelse av den nye virksomheten. Det finnes uttallige handlinger som alene eller kombinert er forberedelser til konkurrerende virksomhet. En uttømmende angivelse er umulig å gi, og handlingen vil uansett være gjenstand for en konkret vurdering i forhold til lojalitetsplikten.

I det følgende vil jeg ta for meg forberedelseshandlinger som typisk er aktuelle i forbindelse med lojalitetsplikten i oppsigelsestiden. Dette omfatter spørsmål knyttet til rekruttering av ansatte, samt arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers forretningsforbindelser og kunder⁹⁵. Til slutt vil jeg ta for meg betydningen av arbeidstakers møtevirksomhet i oppsigelsestiden.

3.2. Rekruttering av ansatte

3.2.1. Systematisk rekruttering av medarbeidere

En del av arbeidstakers forberedelser til konkurrerende virksomhet vil vanligvis være rekruttering. Ofte kan det være fristende å prøve å få med seg gode kollegaer over til den nye virksomheten. Bakgrunnen kan være deres samarbeidsevne, faglig nivå, dyktighet og erfaring. Det kan også virke enklere å ansette noen man allerede kjenner godt, både faglig og sosialt, enn å starte rekrutteringsprosessen fra bunnen.

Samtidig vil rekruttering av tidligere medarbeidere ofte innebærer et stort skadepotensiale for arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan sitte igjen med store tap dersom

⁹⁵ Poulsen (1993) s. 30.

flere av medarbeiderne, særlig nøkkelpersonalet, går over til en ny virksomhet. Tapet kan bestå i avkastning av kapitalen arbeidsgiver har investert i den enkelte arbeidstaker. Også senere kan det oppstå tap, f.eks. når arbeidstakers kunnskap utnyttes i (den nye) virksomheten i konkurranse med arbeidsgiver⁹⁶.

Det er ofte ønskelig å gjennomføre rekrutteringsprosessen mens oppsigelsestiden løper, slik at de ansatte er klare til start når arbeidstakers oppsigelsestid er over. I tråd med hensynet til fri konkurranse, herunder fri konkurranse om arbeidskraft, er hovedregelen at arbeidstaker kan ansette hvem han vil⁹⁷. Denne friheten gjelder imidlertid kun for rekruttering av arbeidstakere utenfor arbeidsgivers virksomhet, såkalte ”eksterne” arbeidstakere. For rekruttering av arbeidsgivers ansatte oppstiller lojalitetsplikten skranker.

Etter utløp av oppsigelsestiden vil ikke lojalitetsplikten lenger være til hinder for at arbeidstaker rekrutterer medarbeidere fra tidligere arbeidsgiver. Verving av tidligere medarbeidere er i utgangspunktet heller ikke i strid med markedsføringslovens god forretningsskikk-standard⁹⁸. Begrensninger i adgangen til å rekruttere arbeidstakere fra tidligere arbeidsgiver etter utløp av oppsigelsestiden, må da være forankret i en ikke-rekrutteringsklausul eller lignende avtale arbeidstaker er bundet av.

I det følgende brukes begrepet ”arbeidstaker” om arbeidstaker som sier opp/blir sagt opp, og som foretar rekrutteringen. Begrepet ”medarbeider” brukes om arbeidsgivers øvrige ansatte, altså arbeidstakers tidligere medarbeidere/kollegaer. Med systematisk rekruttering av medarbeidere menes at arbeidstaker aktivt og bevisst går inn for å prøve å få med seg bestemte medarbeidere til sin (nye) konkurrerende virksomhet. De klare tilfellene er hvor arbeidstaker gir en direkte oppfordring, eller et konkret løfte, om arbeid i hans virksomhet.

Noe av bakgrunnen for systematisk rekruttering av medarbeiderne kan være å utnytte de aktuelle medarbeidernes kunnskap. Denne er ofte ervervet gjennom arbeidet hos

⁹⁶ Lunde (2001) s. 444-445.

⁹⁷ Lunde (2001) s. 445.

⁹⁸ Markedsføringsloven § 25, Borch/Fougner (2000) s. 82, Lunde (2001) s. 446-452.

arbeidsgiver. Illustrerende er en avgjørelse fra Kristiansand namsrett⁹⁹. A var ansatt i Elkem som daglig leder i en del av virksomheten som het Elkem Chemicals (EC). Etter fratredelse og utløp av oppsigelsestiden stiftet han et konkurrerende selskap, Newmatec A/S. I løpet av de neste to årene gikk store deler av Elkems nøkkelpersonell over til Newmatec A/S. Domstolen tok stilling til om dette var i strid med generalklausulen i markedsføringsloven om god forretningsskikk-standard og fant at

”Retten kan ikke se det annerledes enn at det var tanken om å tømme EC for høykvalifisert personell på det mest ansvarlige nivå, hver med forutsetninger av teknologisk, merkantil og økonomisk innsikt som Newmatec hadde definert sitt behov for. Fremstøtet skjedde under ledelse av A¹⁰⁰, bare få måneder etter at han sluttet i toppstillingen innen EC. Elkem og EC opplevde her ikke at en og annen medarbeider med mellomrom ble headhuntet av konkurrenter. Organisasjonen sto i virkeligheten overfor en aksjon som planmessig og systematisk hentet ut et arbeidskollektiv¹⁰¹. Resultatet måtte under enhver omstendighet bli at man omkostningsløst sikret seg betydelige deler av EC's innsats og investeringer. Retten anser fremgangsmåten som utilbørlig, og stridende mot generalklausulen.”¹⁰²

Sitatet viser at domstolen går hardt ut mot systematisk rekruttering av ansatte. Domstolen synes å legge til grunn at dersom alle hadde sagt opp og startet i hver sin virksomhet, ville tilfellet ikke fremstått som en organisert og planlagt aksjon. Det trekkes også en grense mot headhunting. Avgjørelsen retter seg mot god forretningsskikk-standard og gjelder tidsrommet etter utløp av oppsigelsestiden. Likevel illustrerer avgjørelsen hvor utilbørlig og grovt domstolen vurderer systematisk rekruttering av medarbeidere til egen konkurrerende virksomhet. Det er grunn til å tro at retten ville ansett forholdet enda mer graverende dersom rekrutteringen hadde skjedd i oppsigelsestiden. Lojalitetsplikten ville i slike tilfeller vært overtrådt.

⁹⁹ NAD 1986 s. 672.

¹⁰⁰ Min anonymisering.

¹⁰¹ Min understreking

¹⁰² NAD 1986 s. 672.

Tross de bevismessige vanskeligheter, viser dommen at også arbeidstakers hensikt, f.eks. systematisk eller ”mer tilfeldig” overtakelse av medarbeidere, kan være et moment i vurderingen av lojalitetsplikten.

Det er antakeligvis uten betydning for vurderingen av lojalitetsplikten om arbeidstaker lykkes i forsøk på å rekruttere medarbeiderne. RG 1996 s. 1241 gjaldt engrossalg av frukt og grønnsaker. Arbeidstaker sa opp sin stilling og kjøpte seg inn i et nystiftet firma innen samme bransje. I oppsigelsestiden ble det bl.a. bevist at arbeidstaker, uten hell, hadde prøvd å overtale en medarbeider til å bli med ham. I tillegg hadde han kopiert en følgeseddel og videreformidlet den til en konkurrent, uten hell forsøkt å overta en av arbeidsgivers forretningsforbindelser, samt unnlatt å informere arbeidsgiver om arbeidsavtalen med konkurrenten. Etter en helhetsvurdering konkluderte domstolen med at det forelå klart brudd på lojalitetsplikten.

I forbindelse med forsøk på rekruttering av medarbeidere i oppsigelsestiden uttalte retten at

”Å forsøke¹⁰³ å få med seg dyktige og erfarne medarbeidere over i et nytt firma, ser retten som et brudd på lojalitets- og troskapsplikten ...”¹⁰⁴

Domstolen viser dermed at det er tilstrekkelig for brudd på lojalitetsplikten at arbeidstaker *forsøker* å rekruttere medarbeidere fra tidligere arbeidsgiver i oppsigelsestiden. Arbeidstakers forsøk på rekruttering vil, på tidspunktet påvirkningen finner sted, innebære skadepotensiale. Arbeidsgiver risikerer å miste dyktige ansatte.

Systematisk rekruttering av medarbeidere i oppsigelsestiden synes ofte å bli vurdert som grovt pliktbrudd. I en dom fra Oslo byrett¹⁰⁵ ble daglig leder avskjediget i oppsigelsestiden fordi han forsøkte å overtale medarbeidere til å bli med til hans (nye)

¹⁰³ Min understreking.

¹⁰⁴ RG 1996 s. 1241 s. 1247.

¹⁰⁵ NAD 1988 s. 365.

konkurrerende virksomhet. Retten fant det bevist at arbeidstaker hadde forsøk å overtale flere av medarbeiderne og uttalte at

*”Retten finner at saksøker på denne måte har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd overfor saksøkte. Retten finner det illojalt av en daglig leder og opptre på en slik måte som saksøker har gjort.”*¹⁰⁶

Domstolen konstaterer at forsøk på rekruttering av medarbeidere til (ny) konkurrerende virksomhet er illojalt. Samtidig vektlegges arbeidstakerens ledende stilling, og avskjeden vurderes som rettmessig. Dommen viser at (forsøk på) systematisk rekruttering av medarbeidere er et alvorlig forhold, hvor avskjed regnes som en forsvarlig reaksjon. Juridisk teori støtter også dette synspunkt¹⁰⁷.

3.2.2. Arbeidstaker opplyser medarbeiderne at han planlegger å starte konkurrerende virksomhet

Det er klart i strid med lojalitetsplikten og arbeidsgivers interesser om arbeidstaker aktivt går inn for å rekruttere medarbeidere mens han fremdeles er ansatt hos arbeidsgiver. I motsatt ende, og i tråd med lojalitetsplikten, synes tilfeller hvor arbeidstaker kun nevner løst for sine medarbeidere at han skal starte for seg selv etter oppsigelsestiden. Grensen mellom hvor løst og fast arbeidstaker fremlegger situasjonen for sine medarbeidere er dermed av stor betydning for om lojalitetsplikten er overholdt. Den er imidlertid bevismessig vanskelig¹⁰⁸.

I utgangspunktet må det antas at lojalitetsplikten er overholdt dersom arbeidstaker bare opplyser medarbeiderne om sine planer om å starte konkurrerende virksomhet. Det vises i den sammenheng til en tilsynelatende samstemt oppfatning i juridisk litteratur¹⁰⁹, samt NAD 1987 s. 629. Arbeidstaker vil lettere fremstå som lojal dersom han ikke aktivt går inn for å få med seg noen av medarbeiderne. Han må ha lov til å svare på

¹⁰⁶ NAD 1988 s. 365.

¹⁰⁷ Dege (2009) s. 952.

¹⁰⁸ Dege (1997) s. 139.

¹⁰⁹ Dege (1997) s. 139, Borch/Fougner (2000) s. 76.

spørsmål fra medarbeiderne. På grunn av de bevismessige vanskeligheter bør han imidlertid være forsiktig med hva og hvordan han svarer.

Hvor mye informasjon kan arbeidstaker dermed gi om sine planer om å starte konkurrerende virksomhet? Lojalitetsplikten vil normalt være respektert dersom det kun er snakk om en orientering til de ansatte om arbeidstakers oppsigelse og hva han skal gjøre etterpå. I juridisk teori hersker det uenighet med hensyn til hvor mye mer informasjon og opplysninger arbeidstaker kan gi.

Dege¹¹⁰ er av en oppfatning at lojalitetsplikten lettere overtredes om arbeidstaker i samme setning nevner at det er muligheter for jobb i hans (nye) konkurrerende virksomhet. Dette synspunkt finner han støtte for i NAD 1987 s. 629.

I avgjørelsen fra Oslo byrett ble en arbeidstaker urettmessig avskjediget i oppsigelsestiden på grunn av påstått brudd på lojalitetsplikten i forbindelse med rekruttering av medarbeidere. Retten uttalte at

”... forsøk på å 'ta med seg' arbeidere fra tidligere arbeidsgiver ved etablering av egen virksomhet som hovedregel vil innebære et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.”¹¹¹

På tross av dette ble avskjeden ansett som en overreaksjon ettersom arbeidstakeren ikke arbeidet i oppsigelsestiden og fordi det var kort tid igjen av denne. Retten konkluderte med at arbeidstakeren ikke aktivt hadde forsøkt å få med seg sine medarbeidere. Samtidig la retten vekt på at det var uheldig at han hadde nevnt mulighetene om jobb, selv om dette hadde skjedd på en ”... relativt løselig ...”¹¹² måte.

Dommen illustrerer til en viss grad hva som ikke regnes som aktiv rekruttering. Avgjørende for retten var det forhold at arbeidstaker ikke hadde realisert sine planer.

¹¹⁰ Dege (2009) s. 954-955.

¹¹¹ NAD 1987 s. 629.

¹¹² NAD 1987 s. 629.

Han var bare i gang med å planlegge oppstart av en konkurrerende virksomhet, og hadde ikke foretatt andre (konkrete) forberedelseshandlinger. Rekrutteringsmuligheten var dermed ikke reell på tidspunktet han nevnte muligheter om jobb for medarbeiderne. Det kan derfor argumenteres for at handlingen ikke representerte et faktisk skadepotensiale for arbeidsgiver på det aktuelle tidspunktet.

Domstolen tar ikke opp muligheten for at arbeidstakers ”løselige” uttalelser om forretningsplaner og jobbmuligheter kunne bli en reell situasjon i fremtiden. Det kan virke som hensynet til arbeidsgiver skyves i bakgrunnen fordi det er kort tid igjen av arbeidstakers oppsigelsestid.

I en annen avgjørelse fra Oslo namsrett¹¹³ kritiserte retten arbeidstaker for presentasjonen av opplysningene om at hun skulle starte konkurrerende virksomhet. På grunn av et anstrengt forhold til styret/eierne og en usikker situasjon for hennes fremtid i virksomheten, sa arbeidstaker opp sin stilling som administrerende direktør. Noen dager senere, på orienteringsmøte for de ansatte, hadde hun blant annet underrettet om sine planer om å starte eget firma. Handlingen ble ikke ansett å stride mot lojalitetsplikten. Retten uttalte at hun

*”... ikke burde ha sagt at hun hadde planer om å starte eget firma. Hun kunne og burde ha sagt at hun hadde planer for fremtiden, men at hun foreløpig ikke ville fortelle hva de gikk ut på.”*¹¹⁴

I orienteringen hadde arbeidstakeren gitt uttrykk for at de hun hadde ansatt i løpet av sin tid som administrerende direktør, også var kvalifiserte til å starte i hennes (nye) konkurrerende bedrift. Avgjørelsen viser at retten foretar en streng vurdering av hvor langt man kan gå i å gi informasjon om jobbmuligheter. Både generelle og konkrete henvendelser kan vurderes i strid med lojalitetsplikten. Følgelig må det utvises forsiktighet med uttalelser i slike situasjoner.

¹¹³ NAD 1987 s. 282.

¹¹⁴ NAD 1987 s. 282.

Ifølge Lunde er grensedragningen Dege oppstiller ”... *noko kunstig og ikkje så lett å overføre til det praktiske liv.*”¹¹⁵. Lunde argumenterer for at grensen ikke er så streng. Diskusjonen er kommenter av Nazarian. Hun konkluderer med at det må foretas en konkret vurdering av om det ”... *foreligger et forsøk på å verve andre, hvilket kan være bevismessig vanskelig å vurdere.*”¹¹⁶

Et eksempel i gråsonen er en dom fra Borgarting lagmannsrett¹¹⁷. En eiendomsmegler hadde fått tilbud om jobb og posisjon som medeier hos en konkurrent som skulle starte nytt meglerkontor. Både mens han vurderte tilbudet, og i oppsigelsestiden etter aksept av tilbudet, diskuterte han situasjonen med flere av sine medarbeidere. Ettersom disse medarbeiderne også startet i det nyetablerte konkurrerende firmaet, måtte retten ta stilling til om diskusjonene var i strid med lojalitetsplikten. Retten kritiserte arbeidstakers handlinger, men kom til at han ikke hadde opptrådt illojalt. Tidligere hadde medarbeiderne gitt uttrykk for et ønske om å følge arbeidstakeren dersom han byttet arbeidsplass. Dette ble vektlagt av domstolen, i tillegg til at arbeidstakeren ikke hadde utøvet ”... *et slikt jevnlig og sterkt press ... er eiendomsmeglerbransjen en bransje hvor overgang til konkurrenter er en del av dagliglivet for mange.*”¹¹⁸.

I forbindelse med vurderingen av lojalitetsplikten viser dommen betydningen av særskilte hensyn innen den aktuelle bransje. Likevel virker grensen uklar. Domstolen definerte arbeidstakers diskusjoner som ”... *på grensen av det akseptable ...*”¹¹⁹ og la avgjørende vekt på at det ikke forelå *påvirkning* av medarbeiderne. I sammenheng med vurderingen av hvor ”løselig” arbeidstakers uttalelser var, kan det virke som domstolen inntok en mindre streng posisjon. Det kan argumenteres for at grensen for hva som anses som illojal rekruttering, settes høyere enn annen rettspraksis. Oppmerksomheten rettes mot andre momenter, herunder den faktiske påvirkning og særlige hensyn innen den aktuelle bransje. Dommen illustrer den konkrete og individuelle helhetsvurderingen som kreves ved spørsmål om det foreligger rekruttering i strid med lojalitetsplikten.

¹¹⁵ Lunde (2001) s. 374.

¹¹⁶ Nazarian (2007) s. 515-516.

¹¹⁷ LB-2007-64453.

¹¹⁸ LB-2007-64453.

¹¹⁹ LB-2007-64453.

Det kan spørres om det har betydning hvem som fremsetter spørsmål om mulighet for arbeid i den (nye) konkurrerende virksomheten¹²⁰. Arbeidstaker som slutter og skal starte en konkurrerende virksomhet kan på eget initiativ fortelle medarbeiderne om planene og jobbmulighetene. På den andre siden kan det være medarbeiderne selv som forhører seg om mulighetene for jobb når arbeidstaker selv bare har opplyst om sine planer. Førstnevnte situasjon vil sannsynligvis lettere regnes som brudd på lojalitetsplikten ettersom arbeidstaker selv tar initiativet. Det finnes eksempler på at retten tar opp spørsmålet om hvem som var initiativtaker¹²¹. Det vil imidlertid være bevismessige problemer knyttet til spørsmålet, særlig dersom medarbeiderne faktisk følger med arbeidstaker. Dette taler etter mitt syn for å tillegge momentet liten vekt.

I noen tilfeller kan arbeidstakers opplysning overfor medarbeiderne om sine konkurranseplaner befinne seg på grensen for av lojalitetsplikten. Selv om arbeidstakers enkle orientering alene ikke klassifiseres som illojal, får momentet vekt i en helhetsvurdering. Ligger orienteringen på grensen, kan det innebære brudd på lojalitetsplikten dersom den forekommer i kombinasjon med andre handlinger som også kan kritiseres.

Rekruttering av medarbeidere er et sentralt moment i vurderingen av lojalitetsplikten, særlig i oppsigelsestiden. Det finnes ingen bestemt grense for hva lojalitetsplikten tillater. Noen hovedlinjer kan oppstilles, men utfallert synes å avhenge av den konkrete helhetsvurderingen i det enkelte tilfellet. Det virker forståelig at arbeidstaker informerer medarbeiderne om sine forretningsplaner når han skal slutte. Samtidig kan det virke urimelig om arbeidstaker kan ”tømme” arbeidsgivers arbeidsstokk for gode medarbeidere, uavhengig av hvilken måte han går frem på. Det kan likevel argumenteres for at medarbeiderne selv også må ha frihet til å velge arbeidsplass.

Foreligger det klare tilfeller av illojal rekruttering av medarbeidere i oppsigelsestiden, vil det ofte gi grunnlag for avskjed av arbeidstakeren.

¹²⁰ Dege (1997) s. 139.

¹²¹ NAD 1987 s. 629, tidligere behandlet s. 46.

3.2.3. "Kollektive oppsigelser"

Det kan oppstå en situasjon hvor flere av arbeidsgivers ansatte sier opp samtidig eller innenfor et kort tidsrom. Er bakgrunnen for oppsigelse at de vil følge arbeidstaker til hans (nye) konkurrerende virksomhet, kan dette "kollektive" element innebære at lojalitetsplikten lettere krenkes. Ettersom arbeidsforholdet er et individuelt kontraktsforhold mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker, er utgangspunktet at hver oppsigelse vurderes individuelt¹²². Det kan imidlertid være tilfelle at det oppstår tvil om bakgrunnen for de enkelte oppsigelsene. Dette spørsmålet er særlig aktuelt dersom en av arbeidstakerne forbereder konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden. Er det tilfeldig at så mange har sagt opp eller har arbeidstakeren drevet aktiv rekruttering uten arbeidsgivers viten?

Problemstillingen i dette punktet er betydningen av slike kollektive oppsigelser i forbindelse med lojalitetsplikten. Den arbeidsrettslige vurderingen blir normalt om det kollektive elementet i oppsigelsene kan begrunne avskjed av arbeidstakerne i oppsigelsestiden, om arbeidsgiver i oppsigelsestiden kan endre arbeidsoppgavene i kraft av styringsretten eller om arbeidsplikten modifiseres i dette tidsrom¹²³. I dette punkt vil jeg behandle hva "kollektive oppsigelser" innebærer¹²⁴.

Bakgrunnen for kollektive oppsigelser er et viktig moment i vurderingen av om det foreligger brudd på lojalitetsplikten. På den ene siden er oppsigelser som er begrunnet i uroligheter i virksomheten, eller at arbeidstakerne er misfornøyde med forskjellige forhold innen denne eller ledelsen. Er dette situasjonen, vil oppsigelsene vanligvis være individuelt begrunnet, uten et kollektiv element eller enighet om oppsigelse. Slike tilfeller vil trolig sjelden være i strid med lojalitetsplikten.

¹²² Lunde (2001) s. 372-373.

¹²³ Lunde (2001) s. 373.

¹²⁴ For ordens skyld presiserer jeg at bruken av begrepet "kollektive oppsigelser" i oppgaven ikke omfatter plassoppsigelser etter arbeidstvistloven.

I Computansedommen¹²⁵ fant lagmannsretten det bevist at uoverensstemmelser blant eierne og usikkerhet rundt TDs fremtid begrunnet de enkeltes oppsigelser. Oppsigelsene ble fremsatt på forskjellige tidspunkt, og bare noen fulgte med til Computanse. Selv om tilfellet *kunne* falle inn under begrepet ”kollektiv oppsigelse”, ble det ikke vurdert som brudd på lojalitetsplikten. Dommen viser at domstolen vektlegger den enkelte arbeidstakers begrunnelse for oppsigelsen, samt deres handlinger i oppsigelsestiden. Handlingene kan gi veiledning for de bevismessige spørsmål i forbindelse med den anførte begrunnelse for oppsigelsen.

I motsatt ende finnes tilfeller hvor flere medarbeidere sier opp for å følge en arbeidstaker som starter egen konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden, eller hvor de sammen har planer om dette. I slike tilfeller vil lojalitetsplikten normalt være krenket ettersom oppsigelsene, særlig hvor arbeidstakerne er mange, bl.a. vil innebære et stort skadepotensiale for arbeidsgiver.

Ofte vil de aktuelle arbeidstakernes oppsigelsestid utløpe samtidig, slik at arbeidsgiver blir sittende med et stort, udekket arbeidskraftbehov. I tillegg kommer arbeidsgivers investeringer i arbeidsstokken. Det kan virke støtende om arbeidstakerne tilegner seg erfaring, kunnskap og opplæring på arbeidsgivers bekostning, før de sammen bryter ut og skaper en sterk konkurrent.

Kollektive oppsigelser vil normalt lettere vurderes som illojalt i den arbeidsrettslige vurderingen ettersom det kollektive element da vil være av sentral betydning.

Avgjørende for momentets vekt i lojalitetsvurderingen synes den reelle begrunnelsen, ikke den som arbeidstaker anfører i oppsigelsen.

Det er altså i strid med lojalitetsplikten om arbeidstaker, i oppsigelsestiden, driver aktiv påvirkning eller går tilnærmet aktivt til verks for å rekruttere sine medarbeidere¹²⁶. I tillegg til systematisk rekruttering, omfattes både direkte og indirekte rekruttering. Videre må arbeidstaker være forsiktig med hvordan han, overfor medarbeiderne, legger

¹²⁵ RG 1999 s. 427, tidligere behandlet s. 30.

¹²⁶ Dege (2009) s. 952.

frem planene om å starte konkurrerende virksomhet. Disse elementene gir holdepunkter for at arbeidstaker, så lenge ansettelsesforholdet består, heller ikke kan inngå avtaler med medarbeiderne om fremtidig ansettelse i hans virksomhet, f.eks. når deres opplæring er fullført. Dette ville gjøre lojalitetsplikten illusorisk i forhold til rekruttering av medarbeidere.

3.3. Arbeidstakers kommersielle kunnskap

3.3.1. Utgangspunkter

Arbeidstakers kommersielle kunnskap er kunnskap om (arbeidsgivers) kunder, forretningsforbindelser, marked og lignende. Den opparbeides bl.a. gjennom erfaringer og arbeid hos arbeidsgiver. I oppsigelsestiden er spørsmålet om og i hvilken utstrekning arbeidstaker kan utnytte denne kunnskapen i forbindelse med forberedelse til egen (konkurrerende) virksomhet. Utnyttelsen må ikke stride mot arbeidsgivers interesser eller representerer et skadepotensiale overfor virksomheten – den må ikke føre til brudd på lojalitetsplikten.

Det kan argumenteres for at arbeidstaker bør kunne utnytte sin kommersielle kunnskap uten store begrensninger. F.eks. kan det synes rimelig at arbeidstaker prøver å få med seg ”sine” kunder dersom kundeforholdet, i tillegg til det profesjonelle, har (sterke) innslag av personlig forhold, f.eks. forholdet mellom kunde og rådgiver/frisør. Hensynet til fri konkurranse støtter en slik argumentasjon¹²⁷.

Imidlertid får hensynet til fri konkurranse mindre betydning mens arbeidsforholdet består, herunder også i oppsigelsestiden. Hensyn bak lojalitetsplikten har da større vekt. Det oppstilles derfor grenser for arbeidstakers muligheter for utnyttelse denne kunnskapen i oppsigelsestiden. Lojalitetsplikten legger følgelig begrensninger på arbeidstakers mulighet til å ”ta med seg” arbeidsgivers kunder, forretningsforbindelser og lignende.

¹²⁷ Lunde (2001) s. 379-380.

På den andre siden synes det rimelig at arbeidstaker står fritt, også i oppsigelsestiden, til å utnytte såkalt allmenn markedskunnskap. Begrepet omfatter typisk kunnskap som er generell innenfor bransjen, f.eks. kunnskap om kunder/forretningsforbindelser som er allment kjent innen bransjen. Kunnskapen er altså ikke knyttet til arbeidsforholdet hos en bestemt arbeidsgiver. For denne type kunnskap kan det virke som lojalitetsplikten begrensninger ikke gjelder fullt ut.

I sammenheng med vurderingen av om og i hvilken utstrekning arbeidstaker kan utnytte den kommersielle kunnskapen han har ervervet i løpet av det aktuelle arbeidsforholdet, er det viktig å klargjøre tidspunktet. I oppsigelsestiden gjelder lojalitetsplikten, mens markedsføringsloven og god forretningsskikk-standarden gjelder etter utløpet av denne (evt. i tillegg til særlige avtale, f.eks. en konkurranse- eller kundeklausul¹²⁸). I juridisk teori¹²⁹ fremholdes at markedsføring overfor tidligere arbeidsgivers kunder bare unntaksvis vil innebære brudd på standarden om god forretningsskikk. Etter utløp av oppsigelsestiden vil arbeidstaker normalt også stå fritt til å kontakte tidligere arbeidsgivers forretningsforbindelser¹³⁰. I vurderingen av arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers kunder/forretningsforbindelser synes det imidlertid som lojalitetsplikten oppstiller større begrensninger enn god forretningsskikk-standarden. Det er denne grensen som behandles i dette kapittel.

Henvendelser til potensielle kunder og forretningsforbindelser som ikke er arbeidsgivers, altså ”eksterne” kunder og forretningsforbindelser, må falle inn under den allmenne markedskunnskap arbeidstaker har opparbeidet. Så lenge henvendelsene ikke innebærer aktiv og direkte konkurranse med arbeidsgiver, virker det som slike handlinger sjelden utgjør brudd på lojalitetsplikten. F.eks. synes lojalitetsplikten overholdt dersom arbeidstaker, i oppsigelsestiden, retter en henvendelse til en ekstern leverandør med sikte på forhandleravtale. Annerledes er det om forhandleravtalen kommer i stand og arbeidstaker faktisk selger produktene i oppsigelsestiden. Selve salgshandlingen vil trolig være en direkte konkurransehandling og dermed i strid med

¹²⁸ Jfr. oppgavens punkt 1.2.2.-1.2.3.

¹²⁹ Lunde (2001) s. 380 flg.

¹³⁰ LB-1999-298.

lojalitetsplikten. I det følgende behandles arbeidstakers kontakt med *arbeidsgivers* kunder og forretningsforbindelser. Utgangspunktet synes å være at lojalitetsplikten stenger for at arbeidstaker kan prøve å få med seg arbeidsgivers kunder og/eller forretningsforbindelser til sin (nye) konkurrerende virksomhet. Et slikt synspunkt er i tråd med lojalitetspliktens grenser for rekruttering av medarbeidere, jfr. oppgavens punkt 3.2.

Jeg har valgt å skille mellom arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers kunder og med arbeidsgivers forretningsforbindelser. Både arbeidstakers og arbeidsgivers forhold til de to gruppene vil være noe forskjellig. F.eks. kan et kundeforhold ofte i større grad være preget av personlige egenskaper hos arbeidstaker. Og ved forretningsforbindelser kan f.eks. arbeidsgiver ha sikret seg eneagentur. Likevel kan det også trekkes flere paralleller.

3.3.2. Tidligere arbeidsgivers kunder

I mange virksomheter vil kundemassen gjennomgående være en av de mer betydningsfulle aktiva. Kundene er viktige for bedriftens (økonomiske) eksistens, f.eks. for bedrifter som yter konsulent- og rådgivningstjenester. Virksomhetens hovedformål forutsetter da at kundebestanden er av en viss størrelse. Kundene vil som regel forholde seg til enkelte konsulenter/rådgivere, og følgelig kan forholdet mellom dem ofte bli ganske tett. Derfor kan det oppstå problemer for arbeidsgiver om en av konsulentene/rådgiverne slutter for å starte egen konkurrerende virksomhet. I det videre er spørsmålet hvordan arbeidstaker kan forholde seg til arbeidsgivers kunder i oppsigelsestiden, herunder særlig hvilke opplysninger og informasjon han kan gi dem.

Revisjonsmedarbeiderdommen fra Agder lagmannsrett¹³¹ tar opp flere sentrale sider ved spørsmålet rundt arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers kunder i oppsigelsestiden. En revisjonsmedarbeider sa opp sin stilling for å begynne i et annet revisjonsfirma. I oppsigelsestiden ble han (urettmessig) avskjediget på grunn av illojalitet. Som begrunnelse ble det anført at han, i oppsigelsestiden, forsøkte å verve arbeidsgivers

¹³¹ RG 1998 s. 1274.

kunder til sin nye arbeidsplass. Nesten en måned etter oppsigelsestidspunktet sendte arbeidsgiver ut orienteringsbrev om oppsigelsen til sine kunder. Lagmannsretten mente arbeidsgiveren måtte forvente en viss kundeflukst og kritiserte derfor at det ikke ble handlet tidligere. Om revisjonsmedarbeiderens konkrete kontakt med kundene i oppsigelsestiden uttalte lagmannsretten at

”Lagmannsretten kan ikke se at S [revisjonsmedarbeideren]¹³² kan bebreides at han på forespørsel fra kunder han betjente ga opplysning om at han skulle slutte og hvilket firma han skulle flytte til. Det foreligger ikke bevismessig dekning for at han aktivt har gått ut med opplysninger om skifte av arbeidsgiver og derved tilskyndet kunder til å flytte over til hans nye arbeidsgiver. Slik bevisføringen for lagmannsretten har vært, må det legges til grunn at de av As [arbeidsgivers]¹³³ kunder som i forbindelse med S’ avskjed har flyttet over til hans nye arbeidsgiver har gjort dette fordi de hadde hatt med S å gjøre over en viss tid og var fornøyd med ham som kontaktperson og med hans revisorarbeid, og ville derfor opprettholde dette forholdet.”¹³⁴

Retten oppstiller utgangspunktet for arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers kunder mens arbeidsforholdet består. Lojalitetsplikten overtredes dersom arbeidstaker aktivt informerer kundene om bytte til konkurrerende virksomhet, og tilskynder/søker å påvirke kunder til å flytte med ham. Dette representerer klare tilfeller av brudd på lojalitetsplikten. En parallell kan trekkes til rekruttering av medarbeidere i oppsigelsestiden, jfr. oppgavens punkt 3.2. Der defineres lojalitetspliktens grense bl.a. etter arbeidstakers aktivitet, påvirkningsegnethet og uttrykksmåte. Etter min vurdering synes vurderingen av lojalitetsplikten i forbindelse med informasjon til/rekruttering av medarbeiderne, også å kunne være veiledende for lojalitetsplikten og kundekontakten.

Dommen trekker også frem sentrale momenter i den konkrete vurderingen av om arbeidstaker har overtrådt lojalitetsplikten gjennom kontakt med kundene i

¹³² Min anonymisering og tilføyelse.

¹³³ Min anonymisering og tilføyelse.

¹³⁴ RG 1998 s. 1274.

oppsigelsestiden. Et av momentene er om arbeidstaker kan bebreides for å ha opplyst kundene om oppsigelsen og hans nye arbeidsgiver. I den aktuelle sak ble opplysningene gitt etter forespørsel og initiativ fra kundene, i motsetning til arbeidstakeren selv. Det kan derfor synes å ha betydning hvem som tar initiativet, jfr. lignende synspunkter i forbindelse med informasjon til medarbeiderne s. 49.

Videre illustrerer dommen betydningen av et ”personlig” forhold mellom arbeidstaker og kunde. Forholdet er ikke knyttet til arbeidssted og lignende, men til arbeidstakers person. Blir kunden værende hos arbeidsgivers virksomhet, må han bygge opp forhold til en ny konsulent/rådgiver. Dersom kunden er fornøyd med arbeidstakers arbeid, vil nok ofte valgfriheten medføre at han følger med arbeidstakeren. Bevismessig kan dette tale mot arbeidstaker; at kundene følger med beviser at han illojalt har gitt opplysninger og informasjon til arbeidsgivers kunder i oppsigelsestiden. Men dommen viser at domstolen ikke legger avgjørende vekt på slike ”bevis”. Sammenblanding av årsaker som er vanskelige å skille kan tenkes som en mulig begrunnelse. Likevel virker det som den enkelte *type* kundeforhold er et relevant moment ved vurderingen av om lojalitetsplikten er overtrådt.

Selv om avgjørelsen gjaldt overgang til en allerede etablert konkurrent, er den relevant i forbindelse med kapittelets problemstilling. Den går direkte inn på spørsmålene rundt, og vurderingen av, kundekontakt i oppsigelsestiden. Arbeidsgivers og arbeidstakers motstridende interesser vil være de samme, uavhengig av om arbeidstaker starter egen virksomhet eller går over til en konkurrent. Utgangspunktet og momentene som oppstilles i dommen må derfor kunne legges til grunn også hvor arbeidstaker forbereder egen konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden.

Også treningssenterdommen¹³⁵ er veiledende for hvilken informasjon arbeidstaker kan gi kundene i oppsigelsestiden. Arbeidstaker på et treningssenter hadde selv sagt opp på grunn av misnøye med treningssenterets opptreden ved tidligere oppsigelser av andre ansatte. I oppsigelsestiden ble hun urettmessig avskjediget på grunnlag av anførsler om illojale handlinger, nærmere bestemt ulovlig verving av kunder i oppsigelsestiden. I

¹³⁵ LB-2007-137797.

domsgrunnene trakk lagmannsretten opp generelle utgangspunkter for hvilken informasjon arbeidstaker kan gi kundene i oppsigelsestiden.

*”Lagmannsretten tar utgangspunkt i at en ansatt i oppsigelsestiden normalt bør kunne svare på spørsmål fra en kunde om det er riktig at hun skal slutte og også svare på spørsmål om hvor hun skal begynne uten risiko for negative sanksjoner fra arbeidsgiver. Den ansatte må også kunne svar på spørsmål om hvilke treningstilbud som kan påregnes på det nye arbeidsstedet så lenge det dreier seg om nøkterne opplysninger uten særskilt markedsføring og/eller forsøk på å verve kunder.”*¹³⁶

Retten oppstiller et skille mellom ren informering/opplysning om faktiske forhold og informasjon som innebærer forsøk på verving av kunder. Dette er i tråd med utgangspunktet lagmannsretten oppstilte i revisjonsmedarbeiderdommen fra 1998¹³⁷.

I treningssenterdommen virker det som retten la vekt på at arbeidstakeren besvarte spørsmål etter initiativ fra kundene. Likesom i revisjonsmedarbeiderdommen var det kundene som tok initiativet. Bevismessige vanskeligheter kan tale for at momentet ikke får særlig tyngde i vurderingen. På den andre siden synes det å være et argument som går igjen i rettspraksis, og følgelig bør det trolig tillegges vekt. Den konkrete vekten vil antakelig avhenge av forholdene i den enkelte sak.

På bakgrunn av rettspraksis kan det dermed utledes momenter til vurderingen av lojalitetsplikts grenser for omfanget av, og innholdet i, arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers kunder i oppsigelsestiden. Avgjørende synes å være typen opplysninger/informasjon, hvem som tar initiativet, samt arbeidstakers hensikt. Det virker også som forsøk på å verve kunder kan stride mot lojalitetsplikten, jfr. lignende synspunkter ved rekruttering av medarbeidere, s. 44.

¹³⁶ LB-2007-137797.

¹³⁷ RG 1998 s. 1274.

Det synes som rettspraksis vedrørende kontakt med arbeidsgivers kunder i oppsigelsestiden er konsentrert rundt tjenesteytelser. Det kan tenkes at det personlige element i forholdet mellom arbeidstaker og kunde er mer typisk for tjenesteytelser enn andre næringsområder. Skillet mellom arbeidstakers påvirkning og kundenes selvstendige ønske om å følge arbeidstakeren, kan derfor være vanskeligere å trekke/bevise. Følgelig vil trolig saker om tjenesteytelser lettere komme for domstolen. Etter mitt syn må imidlertid de samme momenter gjelde også for andre næringsområder, f.eks. varehandel.

3.3.3. Tidligere arbeidsgivers forretningsforbindelser

Lojalitetsplikten får betydning for kontakten med arbeidsgivers forretningsforbindelser dersom arbeidstaker sier opp for å starte egen virksomhet i konkurranse med arbeidsgivers. Dette vil særlig gjelde i oppsigelsestiden. Forberedelseshandlingene vil da bestå av kontakt og senere kontrakt med forretningsforbindelser, nærmere bestemt konkurranse om forretningsforbindelser. Spørsmålet er hvor langt arbeidstaker kan gå i å informere arbeidsgivers forretningsforbindelser om at han har sagt opp og skal starte egen (konkurrerende) virksomhet. Arbeidsgivers forretningsforbindelse kan f.eks. være forskjellige forhandlere, leverandører eller andre forbindelser arbeidsgiver har kontakt med.

I den relasjon illustrerer NAD 1984 s. 830 et tilfelle som klart utgjør brudd på lojalitetsplikten. I oppsigelsestiden ble arbeidstakeren rettmessig avskjediget fordi han hadde henvendt seg skriftlig til arbeidsgivers forretningsforbindelser. I henvendelsen lå en anmodning om å overta arbeidsgivers agenturer. Bergen byrett fant at arbeidstaker

”... ved sine refererte henvendelser i oppsigelsestiden til arbeidsgiverens forretningsforbindelser med direkte eller indirekte anmodning om å få overta arbeidsgiverens representasjon, å ha gjort seg skyldig i grove brudd på sin lojalitetsplikt...”¹³⁸

¹³⁸ NAD 1984 s. 830.

Dommen viser at både direkte og indirekte anmodninger til arbeidsgivers forretningsforbindelser, i løpet av oppsigelsestiden, representerer klart brudd på lojalitetsplikten. Domstolen slår hardt ned på forholdet ved å karakterisere det som ”grove brudd” og rettmessig avskjedsgrunnlag i oppsigelsestiden. Selv om det er en byrettsdom med liten rettskildemessig vekt, trekker den opp et utgangspunkt som senere slås fast av Høyesterett i Norsportdommen¹³⁹. Arbeidstakeren mislyktes i et forsøk på å overta en av arbeidsgivers leverandører. Likevel kom Høyesterett til at forsøket utgjorde brudd på lojalitetsplikten. På denne bakgrunn synes utgangspunktet å være at det strider mot lojalitetsplikten om arbeidstaker aktivt forsøker å overta arbeidsgivers forretningsforbindelser. Også her kan trekkes paralleller til den lignende vurderingen ved rekruttering av medarbeidere og verving av kunder¹⁴⁰.

Selv om Norsportdommen gjaldt tidsrommet før oppsigelsestiden, må den være relevant til illustrasjon av hvor strengt domstolene bedømmer forsøk på å ”kapre” arbeidsgivers forretningsforbindelser. Slike handlinger vil representere skadepotensiale for arbeidsgiver, uavhengig av hvilket tidspunkt de foretas på og uavhengig av om de lykkes. Lojalitetsplikten består frem til oppsigelsestidens utløp. Det kan derfor virke som arbeidstakers kontakt med arbeidsgivers forretningsforbindelser, også i oppsigelsestiden, vurderes med en viss strenghet.

I noen tilfeller kan arbeidsgiver være eneforhandler eller ha oppnådd kontrakt om eneagentur. Da vil forretningsforbindelsen normalt være av stor betydning for arbeidsgiver, både økonomisk og forretningsmessig. Det vil ofte innebære brudd på lojalitetsplikten om arbeidstaker, direkte eller indirekte, ”ødelegger” eller overtar arbeidsgivers eneforhandlerrett/kontrakt om eneagentur. Uansett vil det være et moment av stor betydning i vurderingen av lojalitetsplikten, særlig dersom arbeidstaker er klar over kontraktens betydning for arbeidsgiver.

¹³⁹ Rt 1993 s. 300, tidligere behandlet s. 20.

¹⁴⁰ Se henholdsvis oppgavens side 44 og 57.

I Vikingdommen¹⁴¹ hadde arbeidsgiver avtale om enerepresentasjonsrett på en maskin fra Tele Video Systems, Inc. Høyesterett konkluderte med at arbeidstakers kontakt og etterfølgende forhandlerkontrakt med TeleVideo, representerte brudd på lojalitetsplikten. I vurderingen la retten vekt på at arbeidstaker visste hvor stor betydning enerepresentasjonsretten hadde for arbeidsgiver. Så lenge forhandlerkontrakten med Viking bestod, hadde arbeidstakeren vært TeleVideos kontakt i Viking. Vikingdommen er et eksempel på at det kan oppstå personlig tilknytning i forholdet mellom arbeidstaker og en forretningsforbindelse. Den illustrerer problemet med sammenblanding av årsaker når en forretningsforbindelse velger å følge med arbeidstaker.

Det får også betydning for vurderingen av lojalitetsplikten om arbeidstaker er en medvirkende årsak til at arbeidsgiver mister eneagentur. I en dom fra Bergen byrett¹⁴² hadde arbeidstaker, i oppsigelsestiden, deltatt i stiftelsen av et konkurrerende selskap. Han ble styreformann i selskapet. Arbeidstakeren forholdt seg passiv i selskapet frem til utløp av oppsigelsestiden, og hadde ikke deltatt i forhandlinger med arbeidsgivers forretningsforbindelse. Gjennom rollen som styreformann måtte han imidlertid sies å ha godkjent plasseringen av en ordre som ledet til at arbeidsgiver mistet eneagenturet. Retten konkluderte med at denne medvirkningen ”... må ansees som en meget alvorlig form for illojalitet.”¹⁴³. Dommen illustrerer at det ikke kreves personlig kontakt mellom arbeidstaker og den aktuelle forretningsforbindelsen. Også den mer indirekte medvirkning omfattes. Det er altså relevant i vurderingen om arbeidstakers posisjon i det konkurrerende selskap (formelt) tilsier at han må være klar over den aktuelle kontakten.

Gjennomgangen av rettspraksis viser ellers at det ikke oppstilles krav om at kontakten med forretningsforbindelsen *faktisk* fører til en avtale med arbeidstakers virksomhet. Kontakten i seg selv utgjør skadepotensiale, uavhengig av utfallet. Akkurat som ved rekruttering av medarbeidere er det tilstrekkelig at arbeidstaker forsøker, ikke at han

¹⁴¹ Rt 1990 s. 607, tidligere behandlet s. 2.

¹⁴² NAD 1988 s. 1227.

¹⁴³ NAD 1988 s. 1227.

lykkes, jfr. s. 44. Det kan også virke som lojalitetsplikten lettere overskrides dersom arbeidstakers kontakt gjelder en forretningsforbindelse arbeidsgiver har enerettsavtale med, enn hvor arbeidsgiver er en av flere forhandlere.

For ordens skyld påpeker jeg at arbeidstaker, etter utløp av oppsigelsestiden, må stå fritt til å kontakte tidligere arbeidsgivers forretningsforbindelser¹⁴⁴ eller andre forbindelser han har kommet i kontakt med gjennom arbeidsforholdet. Etter utløp av oppsigelsestiden er det markedsføringslovens bestemmelser eller avtalte konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler som kan stenge for kontakten.

3.4. Møtevirksomhet

Planleggingen av en virksomhet vil ofte innebære forskjellige møter, f.eks. møte med utleier dersom arbeidstaker skal leie forretningslokaler. Andre eksempler er møter vedrørende utvikling av markedsføringsplaner eller møter med andre ”eksterne” forretningsforbindelser. Spørsmålet er om lojalitetsplikten legger begrensninger på arbeidstakers møtevirksomhet i oppsigelsestiden.

Som utgangspunkt vil trolig møter med f.eks. arbeidsgivers ansatte eller forretningsforbindelser, i oppsigelsestiden, stride mot lojalitetsplikten. Dette synes klart dersom hensikten er å overta de ansatte eller forretningsforbindelsene, jfr. punkt 3.2. og 3.3.3.

Det kan være arbeidstaker tenker å søke stilling hos, eller vurderer et konkret tilbud fra, en konkurrent. Arbeidstaker vil nok vente til det nye arbeidsforholdet avklares før han gir sin oppsigelse. Det kan være vanskelig å bevise tidspunktet arbeidstaker faktisk bestemmer seg. Før avgjørelsen treffes, synes det naturlig at arbeidstaker deltar på møter med den konkurrerende virksomheten/potensielle arbeidsgiver, f.eks. for å diskutere stillingen og lignende. Vil disse møtene stride mot arbeidstakers lojalitetsplikt overfor nåværende arbeidsgiver?

¹⁴⁴ LB-1999-298.

Den forannevnte dom fra Eidsivating lagmannsrett¹⁴⁵ gir veiledning for vurderingen av lojalitetsplikten og arbeidstakers møtevirksomhet. Arbeidsgiver anførte at også møtene mellom arbeidstakeren og den potensielle arbeidsgiver var i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Retten uttalte at

*”I seg selv kan ikke avvikling av møter mellom en arbeidstaker og en potensiell arbeidsgiver anses som illojalt. Ett eller flere slike møter vil være en forutsetning for etablering av det nye arbeidsforholdet. Det kan imidlertid være av betydning hva som er det nærmere innhold i møtene og når de blir avholdt. ... Det er ikke uten videre avgjørende for vurderingen av lojalitetsspørsmålet hvorvidt møter blir avholdt i arbeidstiden eller ikke, selv om det er kritikkverdig at et møtet av den art det her er tale om, avholdes i arbeidstiden. Avgjørende for lojalitetsvurderingen er hva som foregår på møtet.”*¹⁴⁶

Domstolen uttrykker at lojalitetsplikten bare setter begrensninger for temaene som diskuteres på møtene, ikke at de faktisk holdes. Utsagnet må forstås slik at det f.eks. er i strid med lojalitetsprinsippet om arbeidstaker, i møtet, deler arbeidsgivers bedriftshemmeligheter. Rene forhandlinger og diskusjoner rundt den (potensielle) arbeidsgiver rammes altså ikke, f.eks. diskusjoner om arbeidsvilkår, lønn osv.

Retten anså det ikke som et avgjørende moment at møtene ble avholdt i arbeidstiden. Det kan derfor virke som lojalitetsplikten ikke er til hinder for dette. På den andre siden kritiserte domstolen at det ble holdt ett møte i arbeidstiden. Det kan derfor tenkes at omfanget av møtevirksomheten i arbeidstiden kan få betydningen for vurderingen av lojalitetsplikten, f.eks. dersom møtene er av et visst omfang. Gjennom arbeidsforholdet pålegges også arbeidstaker en generell arbeidsplikt. Den innebærer bl.a. at arbeidstaker må utføre det arbeid som er avtalt eller som omfattes av arbeidsavtalen. Møtevirksomhet i arbeidstiden kan medføre brudd på arbeidsplikten. Dette kan tenkes å få betydning for vekten av momentet om omfanget av møtevirksomhet i arbeidstiden.

¹⁴⁵ LE-2003-26, tidligere behandlet s. 23 og 35.

¹⁴⁶ LE-2003-26.

Uansett er det *innholdet* i møtene som får betydelig vekt i vurderingen av lojalitetsplikten.

Dommen retter seg mot møter i tiden før oppsigelse. Den gjelder overgang til ny arbeidsgiver, i motsetning til egen oppstart. Rettens uttalelser om lojalitetsplikten og betydningen av møtevirksomhet er likevel aktuelt for oppgavens tema. Deler av arbeidstakers forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden vil jo bestå av forskjellige møter. Innholdet i møtene synes dermed avgjørende for hvilken type møter arbeidstaker kan holde i oppsigelsestiden, uten av lojalitetsplikten overtreddes. Samtidig vil nok også antallet møter avholdt i arbeidstiden få betydning i helhetsvurderingen av lojalitetsplikten i oppsigelsestiden.

4 Avslutning

Oppgaven viser at lojalitetsplikten oppstiller skranker for hvilke forberedelser til konkurrerende virksomhet som arbeidstaker kan utføre i oppsigelsestiden. F.eks. vil forberedelser som *klart* representerer skadepotensiale for arbeidsgiver, eller motvirker dennes interesser, nesten unntaksvis stride mot lojalitetsplikten. I tillegg medfører lojalitetsplikten begrensninger i omfanget av forberedelsene. F.eks. kan arbeidstaker rekruttere og ansette arbeidstakere til sin virksomhet, også mens oppsigelsestiden løper. Men rekruttering av medarbeidere, i motsetning til eksterne arbeidstakere, begrenses sterkt av lojalitetsplikten i oppsigelsestiden. Det synes uten betydning om arbeidstaker lykkes i sitt forsøk på rekruttering av medarbeidere, eller verving av arbeidsgivers kunder eller forretningsforbindelser. Et mislykket forsøk kan i seg selv utgjøre brudd på lojalitetsplikten. Dermed vil også arbeidstakers hensikt være relevant i vurderingen av lojalitetsplikten. Ofte vil hensikten utgjøre tillitsbrudd overfor arbeidsgiver¹⁴⁷, uavhengig av om den realiseres.

Oppgavens rammer tillater ikke en inngående behandling av arbeidsgivers reaksjoner på arbeidstakers forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden. Rettspraksis viser at problemstillingen er praktisk, og jeg vil derfor kort skissere hovedlinjene rundt spørsmål om arbeidsgivers styringsrett og avskjed.

Arbeidsgivers styringsrett er arbeidsgivers ensidige adgang til å pålegge endringer i arbeidsforholdet. Kompetansen er en allmenn rettsgrunnsetning med grunnlag i Høyesterettspraksis¹⁴⁸. Den vil være et aktuelt og relevant redskap for arbeidsgiver dersom arbeidstaker forbereder konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden. For eksempel kan det være i arbeidsgivers interesse å begrense arbeidstakers kontakt med kunder, eller kansellere forretningsreiser, i oppsigelsestiden. Har partene inngått

¹⁴⁷ Nazarian (2007) s. 503.

¹⁴⁸ Rt 2000 s. 1602 (Nøkkdommen), Rt 2001 s. 418 (Kårstødommen).

gjensidig bebyrdende avtale om endringer i oppsigelsestiden¹⁴⁹, vil antakelig styringsretten få mindre betydning.

I utgangspunktet kan arbeidsgiver endre arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Forutsetningen er at endringene faller innenfor styringsrettens alminnelige grenser¹⁵⁰. Da det melder seg særlige hensyn i oppsigelsestiden blir spørsmålet om omfanget av styringsretten utvides. Problemstillingen anses avklart i Rt 2009 s. 1183, og er senere lagt til grunn i LB-2010-160933. Det kreves ”særlig tungtveiende grunner” for at styringsretten utvides i oppsigelsestiden, og det antas at adgangen er snever. Vurderingen av ”særlig tungtveiende grunner” tar utgangspunkt i vurderingstemaet etter arbeidsmiljøloven § 15-11(2) annet punktum; om det vil være urimelig at arbeidstaker fortsetter i stillingen mens den aktuelle saken verserer for domstolen.

Dersom arbeidstakers forberedelser innebærer brudd på lojalitetsplikten, kan det oppstå spørsmål om arbeidsgiver kan avskjedige ham i oppsigelsestiden.

Arbeidsmiljøloven § 15-14(1) krever ”... *grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.*”. Det synes klart at brudd på lojalitetsplikten kan utgjøre avskjedsgrunnlag¹⁵¹, men ikke ethvert brudd vil være tilstrekkelig. Det kreves en viss alvorlighetsgrad, jfr. revisjonsmedarbeiderdommen¹⁵², og avskjed må fremstå som en forholdsmessig reaksjon¹⁵³.

Avskjed i oppsigelsestiden synes normalt å være rettmessig reaksjon dersom arbeidstaker bevisst har drevet (forsøk på) aktiv rekruttering av medarbeidere¹⁵⁴ eller har henvendt seg til arbeidsgivers forretningsforbindelser med sikte på overtagelse¹⁵⁵. Har arbeidstaker foretatt flere illojale forberedelser i oppsigelsestiden, kan de samlet

¹⁴⁹ Se f.eks. punkt 2.6. vedrørende avtale om bortfall av arbeidsplikt i oppsigelsestiden.

¹⁵⁰ RG 2010 s. 488.

¹⁵¹ Jakhelln (2006) s. 999.

¹⁵² RG 1998 s. 1274, tidligere behandlet s. 54.

¹⁵³ LB-2007-64453, tidligere behandlet s. 48.

¹⁵⁴ Dege (2009) s. 952, NAD 1987 s. 629, tidligere behandlet s. 46.

¹⁵⁵ NAD 1984 s. 830 tidligere behandlet s. 58.

danne tilstrekkelig avskjedsgrunnlag¹⁵⁶. Gjennomgangen av rettspraksis viser imidlertid at domstolene virker forsiktige med å godkjenne avskjed i oppsigelsestiden på grunn av illojale forberedelseshandlinger. Avskjed synes derfor reservert for klare og grove brudd på lojalitetsplikten. I vurderingen vil det også ha betydning hvor mye som er igjen av oppsigelsestiden¹⁵⁷.

Avskjed medfører umiddelbart opphør av arbeidsforholdet, herunder bortfall av resterende oppsigelsestid og lojalitetsplikten. Arbeidstaker står dermed fritt til å forberede og/eller drive konkurrerende virksomhet. Begrensninger for konkurransehandlinger vil da avhenge bl.a. av avtalte konkurranseklausuler og/eller markedsføringslovens bestemmelser, særlig god forretningsskikk-standard.

Normalt vil nok arbeidsgiver benytte lojalitetsplikten beskyttelse mot arbeidstakers forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden. Forberedelsene kan imidlertid være av en slik karakter at arbeidsgiver er mer tjent med å avskjedige ham. Dersom arbeidstakers forberedelseshandlinger oppfyller vilkåret om ”vesentlig mislighold”, synes det naturlig at arbeidsgiver velger bort lojalitetsplikten vern. Slike situasjoner kan oppstå f.eks. dersom arbeidstaker, i oppsigelsestiden, jevnlig utfører forberedelseshandlinger i strid med lojalitetsplikten og det ikke er sannsynlig at aktiviteten vil opphøre. Avtalte konkurranseklausuler og lignende vil bestå dersom avskjeden er gyldig.

Utgangspunktet synes å være at grunnlaget for avskjed, evt. forutgående suspensjon¹⁵⁸, må være forberedelseshandlinger utført *etter* oppsigelsestidspunktet. Forberedelseshandlinger foretatt før dette må likevel trolig kunne inngå som moment i den samlede vurderingen.

Analysen av rettspraksis viser at det ofte er saker i gråsonen av lojalitetsplikten grenser som kommer opp for domstolene. Domstolene foretar en konkret helhetsvurdering, hvor omstendighetene i den enkelte sak kan resultere i avvik fra saker med tilnærmet like

¹⁵⁶ NAD 1988 s. 1227 tidligere behandlet s. 60.

¹⁵⁷ NAD 1987 s. 629.

¹⁵⁸ Arbeidsmiljøloven § 15-13, Borch/Fougner (2000) s. 96, Jakhelln (2006) s. 974-975.

forhold. I saker om lojalitetsplikt og forberedelser til konkurrerende virksomhet vil det gjennomgående foreligge individuelle omstendigheter som gjør den enkelte sak spesiell.

Etter min oppfatning synes det ikke ønskelig med en lovregulering av området.

Oppgaven viser at rettspraksis uttrykker en samlet oppfatning angående hovedlinjene rundt lojalitetspliktens skranker for forberedelser til konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden. Disse hovedlinjene danner gjeldende rett. Det synes tvilsomt at en lovregulering kan favne de utallige, sprikende og individuelle omstendigheter som kan forekomme i saker på området. Likevel mener jeg det ville vært heldig om det forelå mer praksis fra Høyesterett. Slik praksis vil kunne bidra til større grad av forutsigbarhet for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette avhenger imidlertid av hvilke saker som når opp til behandling i Høyesterett.

Oversikt over juridisk litteratur og rettspraksis fra Danmark¹⁵⁹ og Sverige¹⁶⁰ gir, etter mitt syn, holdepunkter for at både innholdet i lojalitetsplikten, og momentene i vurderingen, er tilnærmet lik i Norden. Temaet er heller ikke lovregulert i Danmark og Sverige. Også dette taler for at reguleringen av lojalitetspliktens skranker for forberedelser til konkurrerende virksomhet (i oppsigelsestiden), er tilfredsstillende.

¹⁵⁹ Carlsen (2003) s. 257-259, Poulsen (1993) s. 25-31.

¹⁶⁰ Nicander (1995-96) s. 38-42, Källström (2009) s. 258-259.

5 Litteraturliste

Lovgivning

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grl.) av 17. mai 1814.
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Strl.) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.) av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1927 Lov om arbeidstvister (arbtvl.) av 5. mai 1927 nr. 5.
- 1969 Lov om skadeserstatning (skl.) av 13. juni 1969 nr. 26.
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (deknl.) av 8. juni 1984 nr. 59.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
- 1997 Lov om folketrygd (ftrl.) av 28. februar 1997 s. 19.
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (krrl.) av 5. mars 2004 nr. 12.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tv1.) av 17. juni 2005 nr. 90.

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (aml.)
av 17. juni 2005 nr. 62.

2009 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
(mfl.) av 9. januar 2009 nr. 2.

Forskrift

2000 Forskrift om behandling av personopplysninger
(personopplysningsforskriften) av 15. desember 2000 nr. 1265.

Forarbeider

Ot. prp. nr. 57 (1971-1972) Lov om markedsmissbruk

Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov
om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)

Ot. prp. nr. 55 (2007-2008) Kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
(markedsføringsloven)

Domsregister

Rt 1960 s. 371

Rt 1964 s. 238 (Notflottør)

Rt 1990 s. 607 (Viking)

Rt 1993 s. 300 (Norsport)

Rt 1996 s. 1401 (Autronica)

Rt 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt 2009 s. 1183

RG 1998 s. 1274 (Revisjonsmedarbeider)

LB-1999-298

RG 1999 s. 427 (Computanse)

LG-2000-1483

LE-2003-26

LA-2006-71768

LH-2006-33392

LB-2007-137797 (Treningssenter)

LB-2007-64453 (Eiendomsmegler)

LA-2007-98795

RG 2009 s. 780

LB-2010-160933

RG 2010 s. 488

RG 1996 s. 1241

TOSLO-2004-78614

TTONS-2006-127717

NAD 1984 s. 317

NAD 1984 s. 830

NAD 1986 s. 672

NAD 1987 s. 218

NAD 1987 s. 282

NAD 1987 s. 269

NAD 1987 s. 629

NAD 1988 s. 365

NAD 1988 s. 367

NAD 1988 s. 1227

Litteratur

Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry *Konkurs*. 3. utg. Oslo 2009.

Andersen (1967) Andersen, Kristen *Fra arbeidslivets rett*. Oslo, 1967.

Berg (1930)	Berg, Paal <i>Arbeidsrett</i> . Oslo, 1930.
Boe (2010)	Boe, Erik Magnus <i>Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære</i> . 3. utg. Oslo, 2010.
Borch/Fougner (2000)	Borch, Alex og Fougner, Jan <i>Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver</i> . I: Lov og rett 2000 S. 67-.
Bråthen (1978)	Bråthen, Bjørn <i>Underinstansavgjørelser som rettskilde: Bruk, publisering og verdi</i> . Oslo, 1978. (Skriftserien Jus og EDB 27).
Dege (1997)	Dege, Jan Tormod <i>Arbeidsgivers styringsrett. Bind III: Oppsigelse og avskjed: den spesielle del</i> . Oslo, 1997.
Dege (2009)	Dege, Jan Tormod <i>Den individuelle arbeidsrett del II</i> . Oslo, 2009.
Eckhoff (2001)	Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. <i>Rettskildelære</i> . 5. utg. Oslo, 2001.
Fanebust (2001)	Fanebust, Arne <i>Oppsigelse i arbeidsforhold</i> . 4. utg. Oslo, 2001.
Fougner (2006)	Fougner, Jan og Holo, Lars <i>Arbeidsmiljøloven [2005]: Kommentartutgave</i> . Oslo, 2006.
Fougner (2007)	Fougner, Jan <i>Endring i arbeidsforhold: styringsrett og arbeidsplikt</i> . Oslo, 2007.
Jakhelln (2006)	Jakhelln, Henning og Aune, Helga <i>Arbeidsrett.no Kommentarer til arbeidsmiljøloven</i> . 2. utg. Oslo, 2006.
Jakhelln (2007)	Jakhelln, Henning <i>Oversikt over arbeidsretten</i> . 4. utg. Oslo, 2007.

- Lunde (2001) Lunde, Tore *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*. Bergen, 2001.
- Lunde (2010) Lunde, Tore og Mestad, Ingvild og Michaelsen, Terje Lundby *Markedsføringsloven med kommentar*. Oslo, 2010.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen; Oslo, 2004.
- Tvisteloven
kommentarutgave
Bind II (2007) Schei, Tore ... [et al.] *Tvisteloven. Kommentarutgave Bind II*. Oslo 2007.
- Woxholt (2006) Woxholt, Geir *Avtalerett*. 6.utg. Oslo, 2006.
- Dansk litteratur**
- Carlsen (2003) Carlsen, H. G og Buhl, Danielle. *Dansk funktionær ret*. 7.utg. København, 2003.
- Christiansen (1999) Christiansen, Erik Wendelboe og Schwarz, Finn *Konkurrencebegrænsningsaftaler i ansættelsesretten: konkurrence og kundeklausuler*. Albertslund, 1999.
- Hasselbalch (1980) Hasselbalch, Ole *Tjenstlige loyalitetspligter*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 93. (1980), S. 639-679.
- Koktvedgaard (1965) Koktvedgaard, Mogens *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner*. København, 1965.
- Langer (2006) Langer, Morten og Frederiksen, Yvonne *Konkurrence- og kundeklausuler*. 3. utg. København, 2006.

- Madsen (1982) Madsen, Palle Bo *Loyalitetskrav i kontrakts- og konkurrenceretten*. I: Ugeskrift for Retsvæsen 1982 B S. 165-171.
- Madsen (1997) Madsen, Palle Bo *Markedsret del 2*. 3.utg. København, 1997.
- Poulsen (1991) Poulsen, Sune Troels *Loyalitetspligt & erhvervsforbud*. København, 1991.
- Poulsen (1993) Poulsen, Sune Troels *Loyalitet og konkurrence i opsigelsesperioden*. I: Ugeskrift for Retsvæsen 1993 B, S. 25-31.
- Østergaard (1995) Østergaard, Ole *Kollektiv opsigelse i relation til markedsføringsloven § 1*. I: Ugeskrift for Retsvæsen 1995 B, S. 450-455.

Svensk litteratur

- Nicander (1995-96) Nicander, Hans *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*. I: Juridisk Tidskrift 1995-96 nr. 1.
- Adlercreutz (2000) Adlercreutz, Axel *Svensk arbetsrätt*. 11.utg. Stockholm, 2000.
- Göransson (2010) Göransson, Håkan Gabinus *Arbetsrätten: en introduktion*. 5.utg. Stockholm, 2010.
- Källström (2009) Källström, Kent og Malmberg, Jonas *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*. 2. utg. Uppsala, 2009.

Nettdokumenter

Arbeidsdepartementet 18. juni 2010. *Høring om konkurranse-, kunde-, og ikke-rekrutteringsklausuler*. www.regjeringen.no/ad [sitert 14.1.2011].

Askeland, Bjarte. *Kommentar til skadeserstatningsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 28.2.2011].

Borch, Alex ... [et al.]. *Konkurransseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler*. Oslo, 2008. www.regjeringen.no/ad [sitert 14.1.2011].

Dalheim, Tron. *Kommentar til arbeidsmiljøloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 18.2.2011].

Datatilsynet, redaksjonen. *Arbeidsgivers rett til innsyn i ansattes e-post*. http://datatilsynet.no/templates/article_2588.aspx [sitert 3.3.2011].

Hov, Jo. *Kommentar til avtaleloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 8.3.2011].

Jakhelln, Henning. *Kommentar til arbeidstvistloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 10.3.2011].

Lunde, Tore. *Kommentar til markedsføringsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 20.1.2011].

Matningsdal, Magnus. *Kommentar til straffeloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 20.1.2011].

Wiker, Håvard. *Kommentar til dekningsloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 28.1.2011].

Personlig meddelelse

Arbeidsdepartementet v/ Nordaas, Ragnhild

Telefon

10.02.2001